Illmo S[eño]r

43



POR

EL MAESTRO DON ANDRES DE CIEZA y Villa-Real, Clerigo Presbitero, y don Pedro de Cieza y Villa-Real su hermano, vezinos desta Ciudad de Granada.

(✱) *EN EL PLEYTO.* (✱)

Con Doña Francisca de Texeda, y D. Francisca de Torres, vezinas della.

Impresso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1654.



POR

EL MAESTRO

DON ANDRES DE CIEZA

y Villa-Real, Clerigo Presbitero, y don Pedro de Cieza y Villa-Real su hermano, vezinos desta Ciudad de Granada.

(※) EN EL PLEYTO. (※)

Con Doña Francisca de Texeda, y D. Francisca de Torres, vezinas della.

Impresso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1654.



ECHO Es constante en este pleyto, que el Maestro Iuan de la Puerta, Beneficiado que fue de la Iglesia de san Cecilio de esta dicha Ciudad, otorgò su testamento a 23. de Abril del año passado de 651. Y en el (entre otros) puso las clausulas siguientes, que para mayor claridad, e inteligencia de este pleyto, se ponen aqui a la letra.

PRIMERA CLAVSVLA.

2 *DECLARO, que todos los bienes muebles, y semouientes, que ay en mis dos casas de Albolote, y Granada, son de mis primas doña Frācisca de Torres, y doña Francisca de Texeda, porque algunos dellos quando las truxeron a mi casa chiquitas, que murieron sus padres, los truxeron, y otros los han con su trabajo, e inteligencia hecho, y cuydado; y assi dellos, como de otra cosa alguna, de azeyte, vino, ni otra qualquiera cosa de mi casa, quiero que se les pida cuenta; porque en lo que yo soy señor de ellos, las hago a ellas señoras, para que nadie (como tengo dicho) les pida cuenta, ni razon de el dinero, ni otra cosa alguna, que en las dos casas mias aya.*

Segunda Clausula.

3 *ITEM declaro, que yo tengo comprado en el termino de Albolote, y criado algunas viñas, cuyos titulos estan en mi cabeça. Digo, y es mi voluntad, que el proprio derecho tienen mis primas a ello, como yo, porque las casas se han labrado, las viñas se han cultiuado, y criado con su trabajo, y el mio, y assi como tal suyo les dexo desde el dia de mi fallecimiento por dueñas, y señoras de todo, para que dispongan dello a su voluntad, no obstante que yo tengo tratado con ellas lo que es la mia, y creo que no saldran de ella: mas quiero que nadie les pueda contradezir, ni darles pesadumbre; porque el intento de todos tres es, que lo poco, ò mucho que ay se gaste en seruicio de Nuestro Señor, y yo no tengo obligaciones algunas mas que a ellas, ni ellas mas que a mi. Y supuesto que todo es nuestro intento se conuierta en obras espirituales, ellas lo dispondran muy biē: pero ha de ser muy a su voluntad.*

4 ¶ Sobreuiuiò el dicho Maestro Puerta a este testamento: y en 24. de Março de el año passado de 652. estando enfermo de la enfermedad de que muriò, otorgò vn codicilo (que es en el q̄ impuso las Capellanias, sobre cuya imposicion es este pleyto) y auiendo hecho relacion en el de el testamento que otorgò el año

de

de 651. que queda referido: y por via de codicilo quiere se guarde, y cumpla lo siguiente.

Clausula de fundacion de la Capellania primera.

5 PRimeramente declara, que su voluntad ha sido de fundar dos Capellanias de su hazienda, y desde luego (aunque doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres sus primas ayan de gozar, y gozē de la dicha hazienda por los dias de su vida) en esta conformidad, dispone, y manda, que la vna Capellania se funde, como desde luego la funda, de las casas principales de su morada, que estan en la dicha Collacion de señor san Andres, dōde de presente viue, que alindan casas de la Santissima Trinidad, y otros linderos, y en las casas que labrò, y tiene en el lugar de Albolote, ambas con sus bodegas, y tinajas, y lo demas que les pertenece, que las de la dicha villa de Albolote alindan con casas de don Baltasar de Castellanos, y con Francisco de Herrera, y en la heredad de viñas que tiene en el Pago de la Rabita, que llaman de la Cañada, que tiene ciento y quarenta y dos marjales de riego, que alinda por vna parte con la vereda que và a las Canteras, y por otra con majuelos de el dicho Francisco de Herrera, y otros linderos, y en vn pedazo de oliuar, que està en medio de la dicha heredad. Y demas destos bienes rayzes quiere que se funde la dicha Capellania en todo el vino que tiene, y dexa entonces, y en tinajas, nueuo, y aniejo, assi en esta dicha Ciudad, como en el dicho lugar de Albolote, todo el qual dicho vino y toneles quiere què desde luego sea capital de la dicha primera Capellania, y dote de su fundacion, y caudal suyo, y del Capellan, ò Capellanes de ella, la qual ha de ser Eclesiastica colatiua, y quiere que desde luego todos estos bienes se erijan en espirituales en quanto es de su parte, y assi lo quiere, y dispone, y los haze. Y suplica al señor Arçobispo, y su Prouisor los erija luego por tales.

6 ¶ Nombra por primero Capellan desta Capellania al Maestro don Andres de Cieza, que litiga, con cargo de cincuenta Missas, que ha de ser obligado a dezir desde luego. Y mas abaxo prosigue.

7 ¶ Las quales dichas cincuenta Missas en cada vn año se han de dezir por el anima del otorgante, durante los dias de las vidas de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y despues de los dias de las vidas de las susodichas tenga obligacion el dicho Capellan, y los demas que sucedieren en dichas Capellanias, de dezir trezientas Missas en cada vn año por el anima del otorgante, y de sus padres, y personas a quien ha tenido, y tiene obligacion, y con tal calidad, y condicion, que de las dichas dos casas, heredad de viñas, y oliuar, han de gozar las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Fran-

cisca

cisca de Torres todos los dias de sus vidas, y assimismo hã de regir y administrar todo el dicho vino de tinajas, y toneles, y demas fruto de la hazienda, porq̃ con la experiencia que tienen las susodichas de los años que le han assistido, lo haran mejor que el Capellan, y como cosa suya, y que le pertenece; y que si a el dicho Capellan le pidieren les ayude, tenga obligacion a hazerlo, y assistirles en todo lo que fuere menester.

Fundacion de la segunda Capellania.

8 Y EN Quãto a la demas hazienda que le queda a el otorgante, como es otra casa en Albolote en lo alto del Lugar, frõtero de casas del Licenciado Checa, con vn majuelo que està alindando con la dicha casa, y otro pedazo de viña de quarenta y dos marjales en termino del lugar de Albolote, camino de Iaen, y otro pedazo de viña camino de Granada, de quarenta y cinco marjales en termino del dicho Lugar, y otro pedazo de majuelo de catorze marjales en el mismo pago de la Quinicia. Sobre todos estos bienes quiere, y es su voluntad se haga, y funde segunda Capellania, y la funda desde luego con las mismas condiciones, y calidades que la arriba dicha, y en quanto a que sea Eclesiastica, y colatiua, y que se erijan luego los bienes della en espirituales, gozando del vsufructo de todos los dichos bienes las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y despues de sus dias el Capellan. Que en primer lugar nombra a D. Pedro de Cieza su sobrino, hijo del dicho Gonçalo de Cieza, y doña Andrea de Villa-Real su muger, y que assimismo gozen, como queda dicho, del vsufructo de estos dichos bienes las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y los administren, como queda dicho en la antecedente; y para despues de sus dias le impone dozientas Missas de carga.*

9 ¶ Hizo nombramiento de Patronos, y otras declaraciones, y lo firmò, concurriendo a el la solemnidad de testigos, y las demas que por derecho se requieren.

10 ¶ Despues han pretendido las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que en 26. del dicho mes de Março de 652. el dicho Maestro Puerta otorgò otro codicilo, reuocando en parte de los bienes la fundacion de la dicha primera Capellania, cuyo traslado de dicha reuocacion es el que se sigue:

Clausula de el vltimo codicilo, en que se pretende, que el Maestro Puerta reuocò el primero en parte de bienes de la fundacion de la primera Capellania.

11 Y DIXO, *Que el tiene otorgado codicilo ante Luys de Segouia Bonifaz, Escriuano de su Magestad, y mandò, que el vino, y toneles que tenia en Granada en las casas de su morada, y en la villa de Albolote, assi en toneles, como en tinajas, aniejo y nueuo, se impusiesse en Capellania, en que dexaua por Capellan al Maestro D. Andres de Cieza; aora declara, y manda, que el dicho vino, y toneles, y todos los demas bienes muebles, no se impongan en la Capellania, y sucedan en ellos doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres mis primas, herederas mias por el dicho mi testamento, que tengo otorgado ante Geronimo de Frias, Escriuano de su Magestad. Y que las Capellanias que mandò erigir, en que nombra por Capellanes al dicho Maestro don Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza, hijos de Gonçalo de Cieza, y de doña Andrea de Villa-Real su muger, sean, y se entiendan se han de imponer, y erigir de todos los bienes rayzes que quedan por mis bienes, conforme lo tengo declarado en el dicho codicilo, y en todos los bienes rayzes se haga la dicha ereccion.* No firmò este codicilo el dicho Maestro Puerta.

12 ¶ Supuesto lo dicho, los dichos Maestro dõ Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza pretenden, que las dichas dos Capellanias se han de erigir, y fundar en todos los bienes de que las dotò el dicho Maestro Puerta en el referido codicilo de 24. de Março de 652. y que no se ha de hazer caso de el vltimo codicilo, que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres han pretendido introduzir, antes se ha de declarar por ninguno, ò inualido, por las causas que adelante se diran.

13 ¶ Las susodichas han intentado, que el dicho primero codicilo de 24. de Março fue nulo, por defecto de capacidad de el testador, y que caso que las fundaciones hechas en el de las dichas dos Capellanias ayan de consistir, ha de ser en los bienes que se declaran en el pretenso segundo, y que esto ha de ser en vna de tres partes de la dicha hazienda, por auer estado en compañia la de las susodichas, y la del dicho Maestro: y que siendo esto assi, solo se auia de considerar el dicho Maestro Puerta participe, como vno de tres en la dicha hazienda, y assi solo en aquella parte auia de cõsistir la fundacion.

De

14 ¶ De todas las quales dichas pretensiones pretenden el dicho Maestro don Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza, q̃ no se ha de hazer caso, y que se ha de declarar por valido el codicilo de 24. de Março, y que las fundaciones ayan de hazerse en todos los bienes en el declarados, y por nulo el pretenso vltimo de 26. del dicho mes, y para que assi se determine, se diuidirà esta defensa en dos Articulos.

15 ¶ En el primero se fundarà, que el dicho primero codicilo al tiempo y quando lo fundò el dicho Maestro Puerta, estaua en muy bueno, sano, y libre juyzio, y que los bienes de que en el dispuso, y fundò las dichas Capellanias, eran, y fueron siempre suyos propios enteramente, sin que en ellos tuuiessen parte alguna las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y que siempre fue su voluntad de el dicho testador el disponer, como lo hizo, dichas Capellanias.

16 ¶ En el segundo se fundarà, que el dicho vltimo codicilo de 26. del dicho mes de Março, no puede tener firmeza alguna por defecto de volũtad en el dicho Maestro, y por estar muy cercano a la muerte, y por otros defectos que en el interuinieron, que se opondran.

Articulo Primero.

17 ENtran en este pleyto los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza con vn codicilo otorgado en su fauor en el dicho dia 24. de Março del año passado de 652. otorgado ante vn escriuano, y cinco testigos, que es la solemnidad que por derecho se requiere, *l. fin. vers. fin. C. de codicil. l. 3. Tauri*, quæ est *l. 2 tit. 4. lib. 5. Recop.* Anton. Gom. *in dict. l. 3. num. 63.* ibi: *Tamen adhibuit solemnitatem requisitam in codicillis; puta quinque testes.* Et n. 69. ibi: *Et certè de iure communi debet continere quinque testes; qui debent in eo subscribere.* Mariençо *dict. l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 4. num. 5.* Y aunque despues quiere entender la dicha ley del Reyno, de que por ella se aya dado nueua forma, y que basten tres testigos, sin embargo queda firme en su sentencia, ibi: *Sed ego teneo contrariam sententiam, & conclusionem; imò quod codicillus in scriptis requirat semper, & indistinctè quinque testes, & subscriptiones eorum, sicut requiritur de iure communi.*

18 ¶ Y para deshazer la firmeza deste codicilo, y que no tenga efecto la fundacion de las dos Capellanias, que en el dispuso el Maestro Puerta, lo impugnan doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, diziendo, que no estaua en su juyzio quan-

do

do lo otorgò, y que fue solicitud, y disposicion de Gonçalo de Cieza, padre de los dichos don Andres, y don Pedro.

19 ¶ Y para esto se fundan en la disposicion de derecho, qua substinetur, que el falto de juyzio no puede hazer testamento, ni interuenir en otro contrato, *l. filius familias* 16. *l. in aduersa* 17. *l. qui testamento* 20. *§. nec furiosus, ff. de testam. l. furiosum* 9. *C. qui testam. fac. poss. l.* 13 *tit.* 1. *p.* 6. *l.* 5. *tit.* 5. *lib.* 3. *for.*

20 ¶ Y assimismo pretenden està verificada su pretensiõ con las deposiciones de los testigos que han presentado.

21 ¶ Pero todo se excluye con los fundamentos siguientes.

22 ¶ Lo primero, porque el dicho Maestro Puerta fue siempre de mucha capacidad, y sano juyzio, y no se puede presumir estuuiesse dementado al tiempo que otorgò el dicho codicilo; antes que perseuerò en el susodicho su buen juyzio, y capacidad, *text. in l. nec codicillus* 5. *C. de iure codicil. cap. cum dilectus de success. ab intest. l.* 2. *verf. Otrosi dezimos, tit.* 14. *part.* 3. *glos. in dict. cap. cum dilectus, verb Compotem,* Bart. *in l. filium, ff. de adquirend. hered.* Bald. *in l. quidam in suo, ff. de condit. instit.* Mant. *de coniect. lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 2. Mascard. *de probation. tom.* 2 *conclus.* 824. *num.* 5. *& conclus.* 148. *nu.* 14. *&* 15. Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 45. *num.* 18. *& seqq.* Burg. de Paz *cons.* 6. *num.* 17. Sesse *decis.* 56. *num* 6. *&* 13. Dom. Castill. *controu. t.* 4. *cap.* 22. *à num.* 91. *& cap.* 28. *à num.* 20. *cum seqq.*

23 ¶ Y quien pretende lo contrario deue prouarlo clara, y concluyentemente, *dict. l. nec codicillus, l.* 2. *C. qui testam. fac. poss. dict. cap. cum dilectus,* ibi: *Nisi præfatus Episcopus legitimè probauerit sæpè dictum Archipresbyterum, suæ mentis compotem non fuisse, tùm vltimam voluntatem expressit, super in petitione Monasterij, perpetuum ei silentium imponatur.* Mascard. *in dict. conclus.* 824. *num.* 8. *&* 9. Tiber. Decian. *cons.* 127. *nu.* 29. *lib.* 7. Mieres *de maior.* 1. *part. quæst.* 1. *numer.* 112. Dom. Castillo *dict. cap.* 28. *num.* 22.

24 ¶ Lo otro, porque los testigos en que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres se fundan, no lo concluyen.

25 ¶ Porque la razon que en general dan algunos de los dichos testigos, es, que el Domingo de Ramos por la tarde, que fue quando se otorgò el dicho codicilo, estaua el Maestro como adormecido con el crecimiento. Otros dizen, que no respondia con acuerdo a lo que se le preguntaua.

26 ¶ Saluador Cobo, fol. 13. que el Domingo de Ramos (no sabe a què hora) entraua y salia donde estaua el enfermo, y que vnas vezes estaua hablando en juyzio, y otras no.

Catalina

27 ¶ Catalina de la Torre, fol. 34. que el Domingo de Ramos por la mañana le dieron el Sãtissimo Sacramento al Maestro, y que de alli a vn poco entrò Gonçalo de Cieza con otros tres hombres, y llegaron a la cama, hablaron al dicho Maestro, y que el no les respondiò, por estar agrauado del achaque, y que despues se retirò, y no vido lo que hizieron.

28 ¶ Iuan de Palma Samartin, que entrò a ver a el Maestro por la tarde, con Lazaro Ximenez Lobaton, su suegro, y que el dicho Lazaro Ximenez llegò a hablar al enfermo, y que no conociò, ni daua razon.

29 ¶ El dicho Lazaro Ximenez, fol. 35. que entrò con su yerno a ver al enfermo, que estaua suspenso, y no tenia conocimiento, y que estauan en la sala Gonçalo de Cieza, y Luys de Segouia, escriuano, y otras muchas personas, hombres, y mugeres, y que viendo a el dicho Maestro que no daua razon, se despidiò, y que llegando cerca de la cama, oyò que el dicho Maestro dixo: *Estas pobres mugeres, que las han de destruyr*. Y no le oyò dezir otra cosa.

30 ¶ Andres Gonçalez, barbero, fol. 62. que sangrò al Maestro de la dicha enfermedad, que desde su principio fue de mucho cuydado, y que a los vltimos dias le cargò tanto, que hablaua muy borroso.

31 ¶ El Doctor Acosta, fol. 63 que la visitò el Domingo por la mañana, y que le hallò de muy buen semblante, y que le respondiò con mucho acierto a todo lo que le preguntò, y que estaua en visita con el Gonçalo de Cieça, y no oyò lo que los dos hablaron.

32 ¶ Otros dos testigos dizen en la pregunta, que el Domingo de Ramos por la mañana se tratò en la sala donde estaua el dicho Maestro, de que doña Andrea de Villa-Real, madre de dõ Andres, y don Pedro, pagasse dos arrobas de azeyte, y el dicho Maestro respondiò las pagasse si fuesse justo. Y que despues pidiendo la dicha doña Andrea se le diessen vnas prendas de plata que tenian en poder del dicho Maestro. Respondiò el susodicho, que todos querian lleuarse sus prendas sin pagarle lo que le deuian.

33 ¶ Doña Antonia de Bustos, fol. 32. dize, que las dichas dos conversaciones fueron el Domingo de Ramos por la tarde, y que no se acuerda auer oydo cosa con concierto.

34 ¶ Desuerte, que ninguno de los dichos testigos dà razon de su dicho, antes de sus mismas deposiciones se saca ser maliciosa la oposicion de demencia en el testador, pues cada vno de los dichos testigos quieren dar a entender diferente genero de demencia, y ninguno la concluye.

35 ¶ Y que sea necessario que los testigos que deponen de demencia, ò incapacidad, ayan de dar razon de sus dichos, y causa, aunque no se les pregunte, y que esta aya de ser tal, que necessariamente concluya, probatur ex regul. text. *in l. solam* 4. *C. de testibus.* vbi DD.

36 ¶ Et in terminis Bart. *in dict. l. solam, num.* 2. *&* 14. optimè Bald. *in dict. l. solam, sub num.* 1. Fulgos. ibidem, *num.* 1. Ias. *in l. furiosum* 9. *C. qui test. fac. poss num.* 6. vbi Paul. de Castro, *num.* 3. *vers. Ideo testes.* Alexand. *cons.* 147. *num.* 16. *lib.* 7. Bertrand. *cons.* 243. *num.* 6. *p.* 1. Mascard. *conclus.* 827 *num.* 1. *& seqq. per totum.* Riminald. *cons.* 376. *à num.* 18. *lib.* 4. Mandel. Albens. *cons.* 414. Surd. *cons.* 89. *num.* 24 Honded *cons.* 80. *num.* 70. *lib.* 2. Dom. Castillo *dict. cap.* 28. *num.* 27. *&* 28. Farin. *de testib. quæst.* 70. *num.* 38. que concluyen, que la deposicion ha de ser tempore conditi instrumenti, & testamenti, y mejor que todos Rota apud Duran. *decis.* 128. *num.* 16. *&* 17. Barbos. *vot. decis.* 11. *num.* 7. *&* 8. y no dandola no prueuan, Bald. *in dict. l. solam post, num.* 1. *vers. Hæc esset vis, C. de testib.* Farin. *de testib. dict. quæst.* 20. *nu.* 33. Con que abremos de ajustar si los testigos de que se pretende prouar esta incapacidad en el Maestro Puerta a el tiẽpo que otorgò el dicho codicilo, la concluyen.

37 ¶ El dicho Salvador Cobo instrumental, fol. 13. dize, que el Domingo de Ramos por la tarde entrò el dicho Gonçalo de Cieza, y se sentò junto a la cama del dicho Maestro, y le dixo: Señor Maestro aqui està el señor Secretario para otorgar el codicilo que V. m. me dixo. Y que el dicho Maestro respondiò: *No los conozco.* Y el dicho Secretario respondiò: Aqui està vn seruidor de V. m. Y concluye, que auiendose acabado el dicho codicilo, leuantaron al dicho Maestro el medio cuerpo, y lo firmò.

38 ¶ Antonio de Montoto, instrumental, fol. 10. dize, que auiendo acabado de escriuir el dicho codicilo, el dicho Gonçalo de Cieza leuantò a el enfermo, y lo sentò en la cama, y le puso vna pluma en la mano, y le dixo que firmasse, y que el dicho enfermo escriuiò en el papel, sin saber lo que se hazia. Y que a lo que se acuerda, dixo el escriuano: Muy mala està essa firma, y que mientras se escriuiò el dicho codicilo, no huuo dentro de la sala mas personas que los testigos instrumentales.

39 ¶ Fray Geronimo de Amat, fol. 51. dize auer encontrado a el dicho Antonio de Montoto, y que le dixo que el Maestro estaua malo, y que poco auia acabaua de otorgar vn codicilo, en que funda dos Capellanias para los hijos de Gonçalo de Cieza, y que el auia sido testigo, y que al dicho Fray Geronimo, testigo, le parecio mal, que estando tan agrauado el enfermo, le huuiessen hecho otorgar el dicho codicilo.

Blas

40 ¶ Blas de Lechuga, instrumẽtal, fol. 19. dize, que auiẽdose acabado el dicho codicilo, el dicho Gonçalo de Cieza dixo, que se pusieran los testigos, y que el susodicho sentò a el enfermo en la cama, y le puso los papeles en la mano, y le diò vna pluma, y dixo, que firmasse, que no viò si le lleuò la mano, y que oyò dezir a el enfermo: *No me lean nada.* Y el escriuano respondiò, que no lo podia otorgar si no lo leia, con lo qual lo leyò a los testigos.

41 ¶ Doña Maria Ramirez, fol. 36. dize, que despues de auer otorgado el codicilo, y idose el dicho Gonçalo de Cieza, entrò a ver al enfermo, y lo hallò muy agrauado de la enfermedad, y con la lengua borrosa, que casi no se le entendia lo que hablaua.

42 ¶ Francisco Rodriguez, fol. 34. dize, que auiendo llamado a doña Francisca de Torres para preguntarle vnos linderos, de alli a vn poco oyò que dixeron: Vengan los testigos, y abrieron la puerta de la sala, y entrò el testigo, y el escriuano le dixo, que no era menester, y viò que el dicho escriuano tenia vn papel en la mano, y lo leyo, y contenia la fundacion de dichas Capellanias, y que el dicho Gonçalo de Cieza, y otro hombre, sentaron en la cama al dicho Maestro, y le tuuieron la cabeça, porque el dicho Maestro estaua muy deuilitado, y que el dicho escriuano le puso los papeles al enfermo, y el dicho Gonçalo de Cieza le cogio la mano, y con vna pluma que en ella le puso a el dicho Maestro, se la lleuò, y echò vna firma, y el Maestro se boluio a acostar, y qne en todo este tiempo viò que no hablò palabra el dicho Maestro.

43 ¶ Y de las dichas deposiciones no es possible ajustar que el Maestro estuuiesse falto de juyzio, porque le tuvo, y capacidad para hazer la firma que acostumbraua, y esto lo deponen los mismos testigos, como queda dicho, y esta no la pudiera hazer estando dementado, y mucho menos no siendo esta demencia de furor, si no que a lo que quieren dar a entender los mas de los testigos, era como vn genero de suspension, o grauamen de la enfermedad, ni menos pudiera dezir las palabras que dizen los testigos, que el dicho Maestro refirio, videlicet, Salvador Cobo, que el Maestro dixo, auiendole dicho que alli estaua el Secretario para hazer el codicilo, respondio: *No los conozco.* Y Blas de Lechuga; *No me lean nada,* quando querian leerle el codicilo para que lo otorgasse.

44 ¶ Y estas respuestas son muy bien ordenadas, y compuestas, y que denotan la sanidad de entendimiento, y buena capacidad, que el dicho Maestro tenia, *cap.* 1. § *si verò, de Cleric. egrot. in* 6. *cap. filij de hæret. in* 6. *cap. legitimus* 93. *dist.* Ioan. Andr. *in cap fin. de succes. abintest.* Alex. *in l. furiosum, C. qui testam. fac. poss.* Honded. *cons.* 87. *nu.* 6. *lib.* 2. Tiraquell. *de l. connub. glos.* 1. *part.* 11. *num.* 7. Mantic. *lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 13.

num. 13 Gamm.*decis.* 262.*num.* 2. Dom. Castillo *dict. cap.* 28. *nu.* 49.

45 ¶ Con que auiendo firmado, como queda dicho, el dicho Maestro Puerta el dicho codicilo, se reconoce que el susodicho estaua de muy buen juyzio, y auia estado con mucha atenciõ a la disposicion del dicho codicilo, Bart. in *l. sicut*, § *non videtur, in* 1. *not. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solu.* Castrens. *cons.* 216. *num.* 2. *lib.* 1. Gabr. *tit. de præsumpt. concl.* 3. *num.* 29. latè Menoch. *præsumpt.* 66. *nu.* 7. Rot. apud Duran. *decis.* 200. *num.* 27. & 136. *num.* 6.

46 ¶ Y con la dicha firma fue visto aprouar el dicho codicilo, Bart. *in l.* 1. §. *si quis negat, num.* 11. *ff. quemadmod. testam. aper.* & *in l. emptor*, § *Lutius*, vbi etiam DD. *ff. de pact.* Castrens. *cons.* 216. *nu* 3. *lib.* 1. Cravet. *cons.* 73. *num.* 40 Rot. apud Dur *decis.* 136. *n* 4.

47 ¶ Y los dichos testigos que quieren dar a entender lo contrario, no solo no lo concluyen, si no antes tienen contra si la presuncion de falsedad, por la variedad que contienen sus deposiciones, que los haze entre si contrarios, y singulares, y consiguientemente a testigos desta calidad no se les deue dar credito, *l. qui falso, vel variè* 16. *ff. de testib. l. eos* 27. *ff. ad l. Cornel. de fals.* ibi: *Eos qui diuersa inter se testimonia præbuerunt, quasi falsum fecerint, præscripto legis Corneliæ teneri pronuntiatum est.* Bald. *in cap. licet causam, num.* 14. *in princip. iuncto versicul. Sed vbi propter singularitatem, extra de probat.* Felin. *in cap. licet ex quadam, col.* 4. *vers. Est etiam duplex singularitas ext. de testib.* Ias. in *l. admonendi, nu.* 256. *vers Quædam obstatiua*, & ibi etiam Rippa *num.* 205. Cacialup. *num.* 92. *vers. Testes igitur singulares*, Curt. *in tract. de testibus, concl.* 46. *num.* 92. Gabr. *de testib. lib.* 1. *cons.* 2. *num.* 9. Michael. Cras. *in suis commun. opinion. lib.* 2. *cap.* 17. *quæst.* 27. *vers. Prædicta conclusio*, vbi quod hęc conclusio est vera absque omni dubio, Monticell. *in repert. test. Rubr. singulares testes, an, & quando probent? fol.* 199. *column.* 1. *vers.* 4. Petr. Anton. à Petra *in tract. de fideicomm. quæst.* 12. *num.* 489. *vers. Et de prima*, qui alios refert, & *num.* 490. iuncto *num.* 503. *vers. Et in obstatiua*, & *num.* 511. & *num.* 616. *vers. Prima obstatiua*, & *nu.* 604 *vers. Et hæc conclusio non habet dubium*, Farin. *de testib. quæst.* 64. *à nu.* 54. *vsque ad* 69. D. Francisc. de Leon *tom.* 3. *dict.* 40. *n.* 99.

48 ¶ Y para que los dichos testigos se tuuiessen por conuencidos de falsos, era bastante que la falsedad interuiniesse circa accessoria depositionis, Crauet. *cons.* 6. *num.* 14 ibi: *Nam vbi est periurium, ibi necessitate repellitur testimonium: quia tota fides testis dependet à iuramento in tantum, quod si periurus sit in vno tantum, in totum excluditur à testimonio; etiam si esset falsitas circa aliqua accessoria*, Roland. à Valle, *cons.* 94. *num.* 15 *lib.* 4. Surd. *dict. cons.* 414. *num.* 87. in medio, D. Franc. de Leon *vbi prox. num.* 82.

49 ¶ Porque la fee de los testigos est indiuidua, y al que està

eſtà conuencido de falſo en algun particular, en nada ſe le ha de dar credito, *dict. l. qui falſo, aut variè, ff. de teſtib. cap. pura 3. quæſt. 9. l. 41. ti. 6. part. 3.* Farinac. *de teſtibus, quæſt. 66. num.* 13. Noguerol *allegat.* 12. *num.* 168.

50 ¶ Pues con mayor razon deue correr eſta ſentencia con los teſtigos referidos, preſentados por parte de las dichas doña Franciſca de Texeda, y doña Franciſca de Torres, pues por los fundamentos referidos, no ſolamente eſtan conuencidos de falſos circa acceſſoria; ſi no que lo eſtan en lo mas principal, y delicado de ſus depoſiciones, denotando claramente el auerlos hecho ſolo con animo de complazer a las dichas doña Franciſca de Torres, y doña Franciſca de Texeda, por ſer perſonas los dichos teſtigos, que cada vno por ſus particulares fines las ha meneſter, como eſtà alegado, y prouado en el pleyto por don Andres, y don Pedro de Cieza en el termino de tachas, & infra fundauimus.

51 ¶ Y es muy de notar el arrojo, y temeridad con que (entre los demas teſtigos) depuſo Franciſco Rodriguez, ſupra, numero. 42. que auiendo dicho los inſtrumentales tan a guſto de las partes contrarias, y no auiendoſe atreuido a deponer en la ſupoſicion de la firma del dicho Maeſtro Puerta. Eſte teſtigo contra lo dicho por los referidos, ſe alarga a dezir, que Gonçalo de Cieza, padre de los dichos don Andres, y don Pedro, le cogiò la mano al dicho Maeſtro Puerta, y poniendole vna pluma en ella, ſe la fue lleuando para que firmaſſe: coſa que deue advertirſe mucho para conocimiento de los medios con que las partes contrarias han pretendido vencer eſte pleyto, pues es tan inveroſimil lo opueſto, porq̃ a no eſtar el dicho Maeſtro Puerta con capacidad baſtante para ſaber lo que hazia, poco importara que le lleuarà la mano; pues quiẽ ſe la lleuara era preciſo que hiziera otra firma, y no la propria, y ordinaria que hazia el dicho Maeſtro, còmo eſtà en el codicilo.

52 ¶ Y ſolo ſe deuen aprouechar eſtos teſtigos a los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza, y hazer concluyente prouança, y plena contra las dichas doña Franciſca de Texeda, y doña Franciſca de Torres, por ſer contrarios a ſu intento, *l. ſi quis teſtibus, C. de teſtib. cap. 3. verſ. Si quis 4. quæſt. 3.* Maſcard. *concluſ.* 1235. *num.* 1. Menoch. *lib. 1. præſumpt. 45. num. 3.* Farinac. *de teſtib. quæſt. 62. nu.* 211. D. Valençuela *tom. 2. conſ.* 121. *num.* 149. Noguerol *allegat. 29. n* 80. *& allegat. 32. num. 92.*

53 ¶ Demas de lo qual los dichos don Andres, y dõ Pedro tienen preſentados muchos teſtigos de la capacidad, con que el Domingo de Ramos, que fue quando ſe otorgò el dicho codicilo, tenia el dicho Maeſtro, antes, y al tiempo de otorgarle, y principalmente lo dizen.

54 ¶ Don Francisco Guillen de Contreras, que estaua en la sala con el dicho Maestro en visita quando entrò el dicho Gõçalo de Cieza con el escriuano para hazer el dicho codicilo, y que el Maestro le auia estado preguntando muchas cosas, y auia tenido con el muy larga conuersacion, y se fue, y dexò la dicha visita, porque le dixeron que el dicho Maestro queria otorgar vn codicilo, y que a la noche bolviò, y que los criados de la casa, que eran Ysabel Garcia, y Blas de Lechuga, y otros, le dixeron que el dicho Maestro auia otorgado vn codicilo, y dispuesto en el las Capellanias sobre que se litiga, y que no le insinuaron sentimiento de que el testador no estaua en su juyzio quando lo auia otorgado, y solo le dixeron, y le dieron a entender, que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres no tenian mucho gusto de q̃ lo huuiesse hecho.

55 ¶ Don Bernardo Brauo, testigo instrumental, que dize que lo llamaron passando por la calle, a el, y a Francisco de Espinola, y que auian entrado en la sala donde estaua el dicho Maestro enfermo, y viò que el dicho Maestro estaua hablando, y dando razon de lo que le preguntaua el escriuano, y acabado de escriuir el codicilo, se lo leyeron, y a los testigos, y que el dicho Maestro dixo que lo otorgaua, y que sentado en la cama lo firmò.

56 ¶ Y aunque no està examinado por estas partes al dicho Francisco de Espinola, por no auer estado en Granada en todo el termino de la prueua, se examinò en este particular a Marcos Sãtos Infante, fol. 58. que dize auerle referido el dicho Francisco de Espinola, como lo llamaron yendo con don Bernardo Brauo, y q̃ auia sido testigo del codicilo que el dicho Maestro auia otorgado, en que fundaua las dichas Capellanias, y finalmente viene a concordar con la deposicion referida del dicho don Bernardo.

57 ¶ Y quando no huviera mas prouança que esta en fauor de los dichos don Andres, y don Pedro, era bastante para que aunque las dichas doña Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda tuuieran concluyentissima prouança con testigos que no padeciessen defecto alguno, se deuia estar a lo que dizen los presentados por los dichos don Andres, y don Pedro: quia magis creditur duobus testibus deponentibus de sana mente, quam mille dementia, Mascard. *conclus.* 1048. *num.* 13. & 26. Burg. de Paz *cons.* 7. *num.* 4. Surd *cons.* 89. *num* 7. *lib.* 1. Sesse *decis.* 56. *num.* 5. D. Castillo *cap.* 22. *num.* 100. & 101. & *cap.* 28. *num.* 25. Barbos. *vot. decis.* 74. *num.* 54. in fine.

58 ¶ Quanto mas assistiendo a los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza, prouança de muchos testigos mayores de

D toda

toda excepcion, y que de sus deposiciones se reconoce quanto se llegan a la verdad, no como los de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que para que totalmente se coligassen a su voluntad, se valian las susodichas de personas que les estaua mal, y se les seguia daño de no condescender con ella.

59 ¶ Como son Blas de Lechuga, Salvador Cobo, Ysabel Garcia, Antonio Delmas, que despues de concurrir en los suso dichos las tachas que por parte de los dichos don Andres, y don Pedro se les han puesto, y la nota de falsedad que queda referido supra, concurre en ellos la de criados de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que es bastante para reprouarlos, y que no puedan hazer obice a estas partes, vt probatur ex *cap. in literis 24. de testibus*, Glos. *in lib. 2. C. eodem*, Cancer. *var. in nouiter add. 1. part. cap. 20. num. 13. vers. In ciuilib.* Farin. *de testib quæst. 55. num.* 122. D. Valençuela *cons.* 121 *nu.* 124. Rota apud Duran. *decis.* 148. *num.* 5. D. Francisc. Hieron. de Leon *tom.* 3. *decis.* 40. *à num.* 74. *ad* 77. *vsque ad fin.*

60 ¶ Don Francisco de Herrera, y el Maestro don Tomas Hermoso, que han sido las personas que induxeron a las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, a q̃ pusiessen este pleyto, y introdnxessen el segundo codicilo, de que pretenden valerse, como el dicho don Francisco de Herrera lo afirma, fol. 40. y el dicho Maestro Hermoso, fol. 46. donde dizen, q̃ les dixeron a las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que mirassen por si, que con las Capellanias que el Maestro auia dispuesto, quedauan destruydas, y auiendolas reduzido, y animado que siguiessen este pleyto, han sido y son los susodichos los que solo lo solicitan, porque no deuen ser admitidos, text. est *in c. insup.* & ibi gl. *in fi. in figuratione casus, vers. Item non potest quis, & in verbo admitti de testibus*, vbi Abb. & ordin. *num.* 8. Franc. Marc. *decis delf.* 1312. *quæritur quia pro parte, num.* 4. 1. *part.* Gras. *decis.* 71. *nu.* 1. Farin. *de testib. q.* 50. *n.* 196.

61 ¶ Et reprobandi, quia ex dictis apparet maximam affectionem habere in causa, vt tradit Philip. Dec. *cons.* 309. *incipit: Visis, num.* 3. 1. *part.* decis. Rotæ in antiquis, *decis.* 11. *de testibus*, & in solicitatore *decis.* 12. Rebuff. optimè in affectionem habente, *in tract. de probat. & saluat. num* 64. D. Valençuela *tom.* 2. *cons.* 121. *n.* 122.

62 ¶ Y finalmente (para abreuiar este discurso) todos los demas testigos presentados, vnos son de mucha edad, a quienes deue deferirse muy poco, por presumirse faltos de memoria, [redacted]; Menoch. *de arbitr. cas.* 26. *num.* 5. & referens multos alios Dom. Valençuela *tom.* 2. *cons.* 105. *numer.* 74. & 75.

& 75. y todos amigos pobres, y dependientes de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, con que se deuē juzgar interessados.

63 ¶ De amicitia, quod testis, qui ea inueniatur, non solum non est idoneus testis pro amico, sed nec etiā fore ad testimonium admittendum probatur, *ex text. in l.* 3. ibi; *Vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat, ff. de testib.* Canonicata *in cap. si testes, vers. Si testium fides 4. quæst.* 3. facit text. *in cap. quoties extr. eodem*, ibi. *Vt iurent se non priuato odio, neque amicitia.* Mascard. *de probat. lib.* 3. *conclus.* 1357. *num.* 38. qui refert multos valde fulcite.

64 ¶ Ex paupertate: quod omnino testis pauper repellatur à testimonio, *text. in dict. l.* 3. *ff. de testib. & ibi glos. verb. egens, & in dict. cap. si testes, §. testium fides, in verbo, locuples* 4. *quæst.* 3. Paris. *cons.* 53. *num.* 12. *lib.* 4. Anton. Gomez *var. resol. tom.* 3. *cap.* 12. *Rubr. de probat. delict. num.* 19. Anton. Gabr. *de testib. lib.* 1. *conclus.* 18. *num.* 4. *vers. Contrarium, quod pauper, &c.* Mascard. *de probat. lib.* 3. *concl.* 1155. *n.* 1.

65 ¶ Et vltimo, quia ex dicta paupertate habent dependentiam dicti testes, cum dictis D. Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda, a quienes deuen agradar con sus acciones para que les socorran, y ayuden, & testibus interessatis non creditur, sed carentibus interesse, *vt ex dict. l.* 3. §. *ideoque, ff. de testibus*, Carol. Ruin. *cons.* 46. *lib.* 4. & alijs tradunt Ioseph. Ludouic. *decis. Perusin.* 10. *num.* 9. 1. *part.* Octauian. *decis. Pedemont.* 79. *num.* 40. *& decis. Genuæ* 42. *num.* 2. & 3. D. Valenç. *tom.* 2. *cons.* 121. *n.* 127.

66 ¶ Y a esto no se puede responder, que no estan prouadas las dichas tachas, porque las que se admitieron dellas por la sala, se han prouado por los dichos don Andres, y don Pedro con testigos de toda fee, y credito, y mayores de toda excepcion, conque no se les deue dar credito, por estar tachados: nam testes repulsati habentur, ac si non fuissent examinati, Andr. de Isern. *in const. Regn. Neapol.* quem refert, & sequitur Math. de Afflict. *in const. prosequentes, not.* 11. Dom. Valenç *cons.* 163. *num.* 9. y las demas estan reseruadas, y por los fundamentos referidos no tiene duda, si no que se aurà de resolver por los señores Iuezes contra los dichos testigos, pues no ay duda que pueden reprouarlos, aunque cada vno depon-ga plenamente, como lo resuelue Bart. *in l. Lutius, num.* 3. *ff. de his, qui notant. infam.* D. Franc. Hieron. de Leon *tom* 3. *decis.* 40. *num.* 107.

67 ¶ Sed adhuc assisten a don Andres, y don Pedro presunciones vrgentissimas de la buena capacidad con que el Maestro Puerta se hallaua quando otorgò el dicho codicilo.

68 ¶ Et prima est de satis proba, & bene composita dispositione, quæ apparet ex dicto codicillo: debiti autem ordinis obser-

ſeruantia, & ſcripturæ compoſitio mentis integritatem adnotant ſicut in ordinatio defectum, *cap. 1. §. ſi verò de Cleric. egrot. in 6. cap. filij, de heret. eod. lib. cap legitimus 93. diſt.* Ioann. And. *in cap. cum dilectus de ſucceſſ. abinteſt.* Alex. *in dict. l. furioſum, C. qui teſtam. fac. poß.* Mantic. *de coniect. lib. 2. tit. 5. num. 13.* Gamm. *deciſ. 262. nu. 2* Rota apud Duran. *tom. 1. deciſ. 178. num. 12.*

69 ¶ Y porque no puede auer mayor conjectura de el buen juyzio del dicho Maeſtro, que el modo de diſponer el dicho codicilo, pues ſin quitar herencia, ni parte della a las dichas doña Franciſca de Torres, y doña Franciſca de Texeda diſpuſo las dichas Capellanias de la hazienda que tenia para en fin de los dias de las ſuſodichas, coſa que cabia en juyzio del hombre mas prudente el diſponerla, Mantica *vbi ſupra num. 7.* Afflict. *deciſ. 143. n. 5.* Ioſeph. Ludouic. *deciſ. Peruſ. 1. nu. 9.* Grammat. *deciſ. 73. circa fin.* Rota diuerſ. *deciſ. 129. num. 15. part. 2.* & apud Duran. *dict. deciſ. 178. num. 13.*

70 ¶ Y a eſto no puede obſtar la pretenſion de las dichas doña Franciſca de Torres, y doña Franciſca de Texeda, de que Gonçalo de Cieza, padre de los dichos don Andres, y don Pedro, fue dictando el dicho codicilo por vn papel que lleuaua en la mano, porque no ay teſtigo que diga auerlo viſto dictar el dicho codicilo, y ſolo ha ſido animo en el deponer los teſtigos lo que quanto a ello quieren inſinuar, y que por los fundamentos referidos eſtan conuencidos de falſos, y ſupueſtos, y no ſe les deue dar credito, y como tambien fundamos, ſupra, num. 49. al que ſuſpectus eſt de falſo in aliquo particulari dicti ſui, tollitur ei fides in tota eius depoſitione.

71 ¶ Secunda præſumptio eſt, & vrgentiſsima, que no ſe duda por alguna de las partes, que el dicho Maeſtro recibieſſe el SANTISSIMO SACRAMENTO el dia que otorgò el dicho codicilo por la mañana, y el Cura, que eſtà preſentado por teſtigo por las partes contrarias depone, que eſtaua quando lo recibiò el dicho Maeſtro de muy buen juyzio, y capacidad, y que le reſpõdiò a todo lo que el dicho Cura le preguntò, y muchos teſtigos de oydas al dicho Cura.

72 ¶ Y es preſuncion eſta tan vehemente, que aun no auiendolo recebido en el meſmo dia, ſi no en la enfermedad, de que muere, es baſtante para que conferat ad præſumendam mentis integritatẽ, vt elegãter docet Rot. apud Durã. *dict. deciſ. 178. n. 14.* his verbis: *His accedit fides Parrochorũ, quibus in hoc multum deferri debet, atteſtantium, quod Ioannes Maria in vltima infirmitate in qua fecit teſtamentum, & ex qua dementiam ortam fuiſſe prætenditur, vis peccata ſua cum ſana memoria, ſenſu perfecto, & animi dolore confeßus fuit, & ſacram Eucharistiam*

susceptit ; horum enim Sacramentorum susceptio , non nisi hominibus sanæ mentis conuenit , & permittitur , vt latè Surd. cons. 89. per tot. qui ideo plurimum confert ad mentis integritatem præsumendam. y refiere otros desta sentencia.

73 ¶ Y para desvanecer estas conjecturas era necessario que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres tuuiessen concluyentissima prouança de que al tiẽpo del otorgamiento del dicho codicilo el dicho Maestro Puerta estaua dementado, vt diximus supr. *num. 29.* y no auiendo la dicha prouãça: si no antes concurriendo tan grande en fauor de los dichos don Andres, y don Pedro, vt probatum est supr. *num. 54.* deuen correr con llaneza los fundamentos referidos en fauor de los susodichos para que se declare por valido el dicho codicilo.

74 ¶ De otro medio, ò excepcion se valen las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, para que el dicho codicilo se reuoque, que es dezir que no tuvo el Maestro Puerta voluntad de disponerlo, ni fundar las dichas Capellanias que fundò, y se fundaràn en que voluntas testatoris est principaliter attendenda, *l. fideicommissa, §. item si quis, l. si quis, ff. de leg. 3. l. hæredes mei, § cum ita, ff. ad S. C. Trebel. l. cum virum, C. de fideicommiss.* Simon de Præt. *de interpret. vlt. volunt. lib. 3. solut. 4. num. 2.* Dom. Valenç. *tom. 2. cons. 185. num. 1.*

75 ¶ Y don Andres, y don Pedro responden, que es cierto que voluntas testatoris semper est attendenda, pero que el Maestro Puerta siempre la tuuo de hazer, y fundar las dichas Capellanias en los susodichos, y lo fundan, ex seqq.

76 ¶ Primo, porque la voluntad del testador se colige de las palabras que antes de otorgar el testamento le oian dezir mas ordinariamente, vt tradit Bart. *in l. 2. in princip. nu. 40. ff. de vulgar. & pupil. subst.* & referens multos alios D. Valenç. *dict. tom. 2. cõs. 183. n. 16* ibi: *Quia vna ex efficatioribus coniecturis, & probationibus voluntatis testatoris, aut disponentis est, quæ colligitur ex verbis, quæ erat solitus dicere, extra testamentum, aut dispositionem.*

77 ¶ Y don Andres, y don Pedro tienen examinados mucho numero de testigos, y los mas de los presentados por la otra parte , que afirman , que el Maestro Puerta siempre dezia , que auia de fundar vnas Capellanias de su hazienda, para despues de los dias de sus primas, y que siempre dezia que auian de ser para los hijos de Gonçalo de Cieza, y doña Andrea de Villa-Real su sobrina, con que auiendo fundado el dicho Maestro las dichas Capellanias en esta conformidad, y no auiendoles quitado a las susodichas parte alguna de la hazienda mientras viuan, carece de fundamento el pretender que no fue su voluntad.

Quia

78 ¶ Quia voluntas præsumitur durare, & continuari, & mutatio non præsumitur, *l. Lucius, la 2. ff. de legat.* 2. optimus text. *in cap. maiores*, verb. *dormientes, de Baptism. & ibi glos.* & alij quos refert Alvarad. *de coniectura ta ment. defunct. li. 3. c. 2. n. 21.*

79 ¶ Secundò, porque esta voluntad, probatur coniecturis, quæ colliguntur ex testamẽto & dispositione, *l. cũ proponebatur, ff. de legat. 2. l. Gallus, §. 1. ff. de liber. & posthum.* ibi: *Quæ ex verbis concipi potest, l. cum virum,* ibi: *Testatoris verbum compræhensum esse, C. de fideicommis. l. ab omnibus, ff. de legat. 1.* ibi: *Cum, & significatio verborum, huic non repugnet sententiæ, & voluntas testatoris congruat, l. qui filium, § Sabinum, ff. ad Treb.* ibi: *Motus æquitate rei, & verbis testamenti,* Bald. *in l. cum virum, col. 3. C. de fideicomis.* Castrens. *in l. in ambiguo, ff. de reb. dub.* Tiraquell. *in l. si unquam, tom. 6. glos. in* verb. *libertis, num. 70.* ibi: *Dummodo mens ipsa ex verbis concipi potest.* Hieronym. Grat. *cons. 5. num. 14. lib. 2.* Simon de Præt. *dict. lib. 3. sol. 12. num. 1.* & quod constat coniecturis legibus dicitur cõstare euidenter, *l. licet Imperator,* vbi DD. *ff. de leg. 1.* & referens alios Dom. Valenç. *cons. 185. n. 3. & 4.*

80 ¶ Pues estas partes tienen en su fauor la conjecturada voluntad, que de hazer la dicha fundacion, declarò el dicho Maestro en el testamento que otorgò en 24. de Março de 651. en la clausula referida, supr. num. 3. donde auiendo dexado a las susodichas por herederas, para que gozassen de todos los bienes, y dispusiessen dellos a su voluntad, dize.

81 ¶ *No obstante que yo tengo tratado con ellas lo que es la mia, y no saldran della: mas quiero, que nadie les pueda contradezir, ni dar pesadumbre, porque el intento de todos tres es, que lo poco, ò mucho que ay, se gaste en seruicio de Dios Nuestro Señor, &c.* Et inferius: *Y supuesto que todo es nuestro intento se conuierta en obras espirituales, ellas lo dispondran muy bien, &c.*

82 ¶ Luego el Maestro Puerta no excediò de la voluntad que siempre auia tenido, y solo dispuso por si en el dicho codicilo lo que auia cometido a la voluntad de las partes contrarias, que era la fundacion de las dichas Capellanias.

83 ¶ Vt notatur ex principio codicilij, ibi: *Declara, que su voluntad ha sido, y es de fundar dos Capellanias de su hazienda, y desde luego, aunque doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres sus primas ayan de gozar, y gozen de la dicha su hazienda por los dias de su vida, en esta conformidad dispone, y manda que la vna se funde, &c.*

84 ¶ Tertio, & vltimo, porque las susodichas reconocieron la buena fe, legalidad, y determinada voluntad que en el dicho codicilo auia interuenido quando introduxeron el de que pretende valerse para reuocar este en quanto al vino, de que en el se dispone, pues aun auiendo interuenido en el los defectos que despues propon-

propondremos que lo hazen de ningun efecto, todauia lo confirmaron in illis verbis.

85 ¶ *Y que las Capellanias que mando erigir, en que nombrò por Capellanes a don Andres, y don Pedro de Cieza, hijos de Gonçalo de Cieza, y doña Andrea de Villa-Real su muger, sean, y se entiendan se han de imponer, y eregir de todos los bienes rayzes que quedan por mis bienes, conforme lo tengo declarado en el dicho codicilo, y en todos los bienes rayzes se haga la dicha ereccion, &c.*

86 ¶ Y aunque don Andres, y don Pedro han dicho de nulidad deste vltimo codicilo, y esperan que por tal se declare por los fundamentos que en el articulo siguiente se propondran, todauia se pueden valer del, aun en caso que ya estuviesse declarado por nulo, porque ex actu nullo probatur voluntas, *l. fin. ff. de reb. eor. qui sub tutell.* 3. Rota apud Duran. *decis. 40 num. 28.* ibi: *Secundo ex alia donatione, quæ præcesserat matrimonium, cuius in hac secunda de qua agitur, fuit facta mentio, quæ quamuis nulla defectu solemnitatis probat voluntatem.*

87 ¶ Et non minus probatur, quam ex actu valido, *l. 3. ff. de confirmat. tut. l. 2. vers. Sed voluntas, C. eodem, l. fin. ff. de rebus eorum, l. legatum sub conditione 24. §. pater Lortos, vers. Sed & si non valeat, ff. de adim. legat. l. in testamento 38. ff. de fideicommiss. libert. l. filij 16. vers. Sed & si, & l. fin. C. famil. ercisc. l. puberem 12. C. de iur. deliber. l. 2. C. de fideicommiss.* & post multos quos refert D. Vela *tom. 2. dissert. 47. num. 50.* Con q̃ no parece puede dudarse que fue la voluntad del dicho Maestro el disponer las dichas Capellanias, como con efecto lo hizo, y que es maliciosa la objecion, y que no se deue admitir.

88 ¶ Como expressamente la *ley non aliter de leg. 3.* ibi: *Non aliter à significatione recedi opportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.*

89 ¶ Y mas deste punto la *l. ille, aut ille, eod. tit.* ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.*

90 ¶ Y es muy digno de ponderacion para excluyr la pretension de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, de que el dicho Gonçalo de Cieza supuso el dicho codicilo, y lleuò consigo los testigos para otorgarle, pues del mismo codicilo resulta el reconocimiento de la buena fee, con que en su otorgamiento se procediò, pues no es verosimil que el dicho Gonçalo de Cieza, en casa donde las partes contrarias eran tan dueños, auia de intentar semejante suposicion contra la voluntad de las sodichas. Y lo que nos saca de toda duda es: Lo vno, que como cõsta por el dicho codicilo, el dicho Gonçalo de Cieza estuvo tan ageno de lleuar testigos, que fuessen de su parcialidad, que lo fueron en el Antonio Baptista, Blas de Lechuga, y Antonio de Montoro, criados de las partes contrarias.

Lo

91 ¶ Lo otro, porque las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres fueron sabidoras aun mucho tiempo antes que el dicho Maestro Puerta otorgasse el testamento por el año de 651. como lo han prouado estas partes con mucho numero de testigos, y la dicha doña Francisca de Torres se hallò presente al otorgamiento del dicho codicilo, como assimismo està prouado, y sus mismos testigos lo declaran, y que despues trataro (mal induzidas) de que el dicho Maestro reuocasse lo que auia dispuesto (cosa que el susodicho no quiso hazer) como lo declara fray Chrisostomo de Granada, Religioso Capuchino, fol. 56.

92 ¶ A cuya deposicion deue deue deferirse mucho, por ser Religioso Sacerdote, y no deponer en su fauor, ni de su Comunidad: calidades que le hazen mayor de toda excepcion, Iaf. in *l. qui iurisdict. num.* 10. *ff. de iurisdict. omn. iudic. & in l. admonendi* 180 *ff. de iure iur.* y otros que refiere Menoch. *conf.* 45. *num* 26. Y mucho mas concurriendo con la dicha deposicion las de don Francisco de Herrera, y el Maestro don Tomas Hermoso, testigos presentados por las partes contrarias, que declaran aconsejaron a las susodichas procurassen que se deshiziesse el dicho codicilo, y que ellas lo pusierō en execucion, quibus adminiculis podremos entender en este caso la decis. 195 de la Rot. apud Paul. Dur. *tom.* 1. *nu.* 1. & 2. donde afirmasse determinò, que el testigo vnico, mayor de toda excepcion, rationem de suo dicto redens, nec sit interessatus, plenè probet.

93 ¶ Ex quibus se reeonoce el poco ajustamiēto que las partes contrarias han tenido en sus alegaciones, y que antes dellas, y de sus prouanças resulta el conocimiento de la buena fee, y poco interes, con que Gonçalo de Cieza, y estas partes procedieron a el tiempo del otorgamiento de el dicho codicilo, y continuan en el discurso deste pleyto.

94 ¶ De otro medio se valen las partes contrarias para frustrar la fundacion de las dichas dos Capellanias, que es dezir, q̄ caso que se huuiessen de imponer las dichas Capellanias, auia de ser en vna de tres partes de la hazienda que el dicho Maestro dexaua por su fin y muerte; porque quando las susodichas auian ydo a casa del susodicho por muerte de sus padres, auian lleuado a su poder cantidad de hazienda, y que con esta se auia conservado compañia con el dicho Maestro, con que solo auia podido disponer de vna de tres partes de la dicha hazienda.

95 ¶ Verum his non obstantibus, las dichas Capellanias hā de mādarse fundar en todos los bienes a ellas señalados, y poner perpetuo silencio a las partes contrarias.

96 ¶ Lo vno, porque esta compañia no està verificada

 por

por las partes contrarias, ni por contracto reduzido a instrumento publico, ni menos està prouado que fuesse contracto verbal, porq̃ este auia de prouarse con testigos, y los presentados por las partes contrarias no solo no lo concluyen, pero ni aun lo insinua: & quod magis est, ni las partes contrarias han alegado, ni articulado que forma tuviesse este contrato de compañia que pretenden, ni sobre q̃ bienes se contraxesse; si fuesse de todos los que se adquiriessen, ò de alguna parte dellos, ò si fuesse para algun trato, ò grangeria particular, con que auremos de recurrir a otro medio, a ver si por el venimos en conocimiento desta compañia, que las partes contrarias pretenden introduzir, y con ella ser dueños, y tener dominio en las dos partes de las tres de la hazienda del dicho Maestro Puerta.

97 ¶ Este vltimo medio lo refiere Bald. *cons.* 19 *numer.* 1. *volum.* 1. *cum alijs.* Y es si esta fuesse societas tacita, que contrahitur tacito consensu.

98 ¶ Sed adhuc este vltimo medio no assiste en fauor de las partes contrarias, porque les resisten los fundamentos siguientes.

99 ¶ Primò; quod ista societas tacita debet probari per actus sotiales, illam necessario inferentes, Bald. *dict. cons.* 19. *num.* 1. *vol.* 1. *& cons.* 125. *num.* 2. *vol.* 5. Angelo *cons.* 31. *in fin.* Rota *diuers.* 2. *part. decis.* 169. *n.* 6.

100 ¶ Secundò, porque no consta ex actibus sotialibus.

101 ¶ Lo vno, porque nunca el Maestro Puerta comprò cosa alguna, ni vendiò, ni por el consiguiente las partes contrarias que lo hiziessen: *Communi nomine tanquam socij, quod damna, & lucra participauerint inuicem, nec quod in communi quæstum retulerint*; como expressamente lo notò por requisito essencialissimo Bald. *dict. cons.* 125. *num.* 2. *vol.* 5.

102 ¶ Lo otro, porque es acto muy necessario para prouar la compañia el que de vna parte a otra se comuniquen las ganācias, Bald. vbi proximè, *& cons.* 19. *num.* 1. *vol.* 1. Bart. *in l. Titium*, §. *altero, num.* 3. *de adminiſt. tut. & in tract. de duobus fratribus, num.* 10. Rota *diuers.* 1. *part. decis.* 625. *num.* 1. *&* 2. *part. decis.* 169. *num.* 5. *&* 7. que refiere a otros muchos, y entre ellos a Angelo *cons.* 85. *dub.* 3. *circa fin.* que requiere para esta prueua de compañia, que aya arca donde se pusiessen las ganancias adquiridas por vna y otra parte.

103 ¶ Y aqui no solo no consta auerse comunicado las ganancias de vna parte a otra; antes lo contrario, porque las partes contrarias solo cuydauan de poner en execucion las cosas que el Maestro les ordenaua, entregando al susodicho todo el dinero que procedia de su hazienda; de suerte, que a el solo reconocian, assi las

partes

partes contrarias, como las demas personas desta ciudad por dueño de toda la hazienda: circunstancia que deue notarse mucho para excluyr la dicha pretensa compañia, y mas no constando de la forma con que se efetuò, como lo aduierte Bald. *dict. cons.* 125. *nu.* 2. ibi: *Vnde melior ratio videtur, quia non constat de forma initæ societatis; nec quod fuerit inita ad emendum, & vendendum communi periculo, & possibile est, quod aliqui simul stant ad vendendum in aliqua tauerna, vel statione; tamen non sunt socij; sed vnus eorum est dominus, alter est institor: vnde non videtur, quod sit concludenter probatum de societate coita ad emendum; quia isti actus possunt explicari citra ius, & nomen sotietatis.*

104 ¶ Y la Rot. *diuers.* 2 *part. decis.* 169 *num.* 8. inquit: *Et in hac opinione magis domini se confirmabant, quia Antonius cōmuniter reputabatur dominus, vt dicit secundus testis.*

105 ¶ Con que estando prouado este requisito por estas partes, no por vn testigo solo, si no por tanto numero dellos, sin duda alguna ha de obrar mucho en el animo de los señores Iuezes, para que no se dè lugar a oposicion que tan poco fundamento tiene, como la de la dicha compañia.

106 ¶ Cæterum, porque para que se presuma formada compañia, requiritur pecunia numerata, ex Scacc. *de commer. q.* 1. *nu.* 229. *& seqq. fol.* 41. *& fol.* 66. *n.* 391. *& seqq.*

107 ¶ Pero esta presuncion antes les desayuda a las partes contrarias, porque aunque las susodichas examinaron mucho numero de testigos, no ay alguno que en este hecho deponga.

108 ¶ Lo otro, porque tampoco no consta, ni està verificado por las partes contrarias si fuessen auiles para contraer compañia al tiempo que suponē se formò: requisito que tiene por muy necessario ad talem societatem inferendam, Bald. *dict. cons.* 19. *n.* 1. *vol.* 1. ibi: *Et sunt habiles ad societatem contrahendam.* Antes les resiste su misma alegacion; porque dizen: que desde que fueron a casa de el Maestro Puerta, lleuaron el caudal que auian heredado de sus padres; y que desde entonces se ha de entender formada la dicha compañia. Con que siendo assi que no es dudable, que quando fueron a casa del dicho Maestro eran menores de edad, claramente se manifiesta, que es maliciosa su pretension; y que, caso negado, que en dicho tiempo huuiessen contraido el dicho contracto de compañia, seria notoria su nulidad, por ser menores, en quienes no cabe cōtracto perfecto.

109 ¶ Lo otro, porque aunque las partes contrarias quieran valerse por presuncion en su fauor de la habitacion que siempre tuvieron con el dicho Maestro Puerta, no es de fundamento: porq̄ esta no es bastante para que se entienda formada compañia, ni de

ella

ella deua presumirse, Alciat. *in tract. de præsumpt. 1. regul. præsumpt. 25. num. 11. & dec. conf. 548. num 5.* Bald. *vbi supr. dict. conf. 125. numer. 2. vol. 5.* Rota *diuers. 2. part. decis. 169. num. 3* ibi: *Tamen domini in præsenti dubitatione dixerunt, coniecturas adductas non esse sufficientes ad inducendam societatem bonorum communis habitatio, & communis vita fratrum per se sola non sufficit.* Vltra de que no es dudable que estas partes tienẽ prouado concluyentissimamẽte, que el auerlas lleuado el dicho Maestro Puerta a su casa, fue por ampararlas como a criaturas que entõces eran las susodichas, y que estauan en suma pobreza, y muy desamparadas.

110 ¶ Ni obsta lo que las partes contrarias han querido introduzir de que lleuaron a poder del dicho Maestro Puerta cantidad de dineros, y vn pedazo de viñas en el camino de Iaen, y que desto se fundò dicha Capellania.

111 ¶ Porque a esto se satisfaze. Lo vno, cõ que no consta de dinero alguno que las susodichas lleuassen a poder del dicho Maestro, ni que los heredassen de sus padres; porque sus testigos en este particular de herencia solo deponen vnas oydas vagas, y singulares, y deue obstarles mucho la confession, que a pedimiento destas partes hizieron las susodichas, en que (en lo que toca a este particular, y el de la compañia) se remitieron a lo dispuesto por el dicho Maestro en el testamento, y codicilo ordenados por el susodicho; y auiendo dicho en el testamento las palabras contenidas en la clausula que referimos supr. num. 2. vienen a estar conuencidas, assi de no auer lleuado marauedis algunos a poder del dicho Maestro, como del poco fundamento de la pretensa compañia.

112 ¶ Y el dezir en la clausula siguiente, quam retulimus supr. num. 3. que tanto derecho tenian las partes contrarias a dicha hazienda, como el dicho Maestro, fuè ponderacion del susodicho, como dellas mismas consta, y està prouado concluyentemente, assi con testigos presentados por estas partes, como por las contrarias, y se manifiesta ser esto verdad, por auer admitido las susodichas el nombramiento de herederas en el testamento, con carga de conuertir todos los bienes en espirituales despues de los dias de sus vidas. Y por auerse contentado las susodichas con ser vsufructuarias, como despues fundaremos.

113 ¶ Lo otro, esto se conuence mas con la escritura de dote que estas partes han presentado, otorgada por el dicho Maestro, a fauor de doña Maria de Torres, hermana de vna de las partes contrarias, donde expressamente declara el dicho Maestro, que la dicha dote la dà por amor de Dios, y obliga a Iuan Beltran, que fue con quien casò la susodicha, a que boluiesse a el dicho Maestro

la

la dicha dote, caso que ella muriesse. Y consta, que auiendo muerto la dicha doña Maria, el dicho Maestro executò al dicho Iuan Beltran, y cobrò la dote.

114 ¶ Y asimismo han prouado estas partes, que tratandose otro casamiento a doña Francisca de Texeda vna de las partes contrarias, no se efetuò por no querer el dicho Maestro darle en dote bienes que fuessen de algun valor; mas que vn horno en la calle Real, cuyos censos no equiualen a todo su valor, y otras cosas de esta calidad: y deponen los testigos destas partes, que el vno es Iuã Polo, persona que tratò el dicho casamiento, que pidiẽdo al dicho Maestro aumentasse algo que fuesse de sustancia a la dicha dote, auia respondido el susodicho, que no queria, que demasiado hazia en dar por amor de Dios lo que auia prometido.

115 ¶ Y estos particulares no denotan que tuuiesse el dicho Maestro caudal alguno de las partes contrarias: antes a todas luzes se reconoce, que solo trataua de ampararlas, y fauorezerlas como a pobres desvalidas (afecto no biẽ correspondido en escasear lo que tan en prouecho del alma del susodicho dispuso) como assi mismo està prouado concluyentemente por estas partes, y quan pobres fueron las susodichas a poder del dicho Maestro.

116 ¶ Ayuda mas este intento el que se halla declarado por el dicho Maestro en el codicilo en que fundò las dichas Capellanias en la clausula que referimos supr. num 7. donde despues de auerle puesto a la primera Capellania cincuenta Missas de grauamen, durante las vidas de las partes contrarias, dize: *Y despues de los dias de las vidas de las susodichas, tenga obligacion el dicho Capellã, y los demas que sucedieren en dicha Capellania, de dezir trezientas Missas en cada vn año por el anima del otorgante, y de sus padres, y de personas a quien ha tenido, y tiene obligacion.* Y mas abaxo buelve a poner la calidad de que las partes contrarias ayan de gozar del vsufructu de toda la hazienda.

117 ¶ De que se reconoze, que la assistencia que le hizieron las partes contrarias al dicho Maestro, y amor que el susodicho por ella, y por su criãça les tuuo, solo se lo quiso pagar conq̃ miẽtras viuiessen no echassen nada menos de lo que mientras viuiò el susodicho auian gozado; pero en falleziendo las susodichas, dispone de su hazienda como propia suya, para su alma, y para las de sus padres, y para otras personas a quien tiene obligacion, sin dar parte en dichas Capellanias a las partes contrarias (a lo menos expressamente) y no ay duda, sino que fue considerando que era tan quantioso el vsufructo de que auian de gozar con la dicha hazienda, que por si podrian despues de sus dias fundar otras Capellanias de lo que huuiessen adquirido.

 Lo

118 ¶ Lo otro, porque en quanto a la viña, que pretendē era de sus padres en el pago de Xaen, tiene menos fundamento; porque estas partes tienen presentado testimonio por done consta, q̄ el Maestro comprò dicha viña de Pedro Ruiz Bezerra, vezino de Yator de Iubiles en la Alpuxarra, en 29. de Nouiembre de 1605. Y assimismo escritura de venta que el dicho Maestro haze a Andres Sanchez de Bustancillas de dicha viña en 20. de Diziembre de 644. haziendo relacion que es suya propria, y que como tal la vende.

119 ¶ Y aunque por las partes cōtrarias se replique a esto con vn poder otorgado por Agosto del año de 644. en que D. Francisca de Texeda, vna de las partes contrarias lo dà a el dicho Maestro para que pida la possession de los bienes que huuierē quedado por muerte del Licenciado Texeda, hermano de la susodicha; y assimismo vn mandamiēto de possession, despachado en 9. del dicho mes y año, para que el dicho Maestro la tome de qualesquiera bienes que parecieren ser del dicho Licenciado Texeda.

120 ¶ Esto no tiene fundamento, porque no consta que el dicho Maestro vsasse del dicho poder, y aunque quieran inferir lo contrario de lo subsiguiente, que es el dicho mandamiento al dicho poder, todavia no obsta, porque no consta que pedimiento se hiziesse para conseguir el dicho mandamiento, y les obsta el que no se despacha, para que tome el dicho Maestro la possession en nombre de la dicha doña Francisca de Texeda, sino por si solo, cō que concurre, que siendo, como es, notorio por el pleyto que el Maestro diò esta viña al dicho Licenciado Texeda, para que se ordenasse de Orden Sacro a titulo della por hazerle buena obra, no es adelantar mucho la presuncion el reduzirse a entender, que haria està buena obra con el grauamen que la carta de dote referida, y asi trataria de recuperarla, como lo hizo, y despues la vēdiò, no en virtud de poder que para ello hiziesse relacion tenia; sino como suya propia; conque parece queda satisfecho el que las partes contrarias no lleuassen hazienda alguna a poder del dicho Maestro Puerta, y consiguientemente que no pusieron capital alguno en que cō sistiese la pretensa compañia, y con que pretendan lleuarse la haziē da del dicho Maestro.

121 ¶ Lo otro, porque haze por estas partes vn fundamento grauissimo, para que se excluya la dicha compañia, que es la presuncion que resulta de hallarse todos los contratos de venta, y compra del dicho Maestro Puerta, solo por el susodicho, y sin q̄ en ellos interuengan las partes contrarias, Bald. *in l. si vt proponis, num.6. C. de rescindend. vendit.* Bald. *cons.* 125. *num.* 1. *volum.* 5. Rota,

diuers.

diuers. 1 *part. decis.* 625 *num.* 2. ibi: *Accedit, quia potiùs constat de non tali communicatione propter instrumenta adquisitionum factarum per ipsum sartorium nomine ipsius propio.*

122 ¶ Conque no parece se puede dudar, que aqui no ay fundamento para que se pueda tener por prouada la dicha compañia, y consiguientamente no auiendolo hecho las partes contrarias, no tienen derecho a lo que pretenden por ella, Bald. *dict. consil.* 19 *num.* 1. *vol.* 1. ibi: *Dico quod in diuisione istorum fratrum illud, quod super lucratus fuit, A. idemq; frater suis laboribus, & sua pecunia, vel adquisita, nullatenùs venit communicandum, nisi probaretur, quod societas esset cōtracta inter eos tacitè, vel expreßè.* Y mas abaxo dà la razon, y dize: *Quoniam adquirentes sunt sui iuris, nisi essent quæsita communi nomine, & hoc probaretur.*

123 ¶ Demas de que las susodichas en la peticion en que introduzen esta pretension de compañia, la fundan, diziendo, que la hazienda que auian lleuado a poder del dicho Maestro, la auia tomado el susodicho en tutela, y que con esto se auia formado cōpañia; conque claramente se reconoce el corto fundamento que puede tener, pues el que las partes contrarias dan a dicha compañia, es el auerse formado tutela, de que no se colige contrato de cōpañia. Y aun en este particular les obsta el auer declarado a pedimiẽto destas partes, que no saben que se formasse tutela, ni ante quien passasse.

124 ¶ Y caso negado que fuesse cierto huuiessen lleuado a poder del dicho Maestro Puerta hazienda alguna las partes contrarias, y con ella huuieran formado la compañia que pretenden, para que della huviessen procedido las ganancias, sobre que las susodichas litigan: todauia no tienen derecho a ellas, porque al tiẽpo que el dicho Maestro Puerta otorgò el codicilo, en que fundò las dos Capellanias en estas partes, no es dudable que doña Francisca de Torres, vna de las partes contrarias, se hallò presente a el, y a lo que por el se dispuso, con què fue visto prestar consentimiento (en caso que fuesse necessario que la susodicha lo diesse) y consiguientemente prejudicarse, *opt. text. in l. Lucius Titius* 53. & ibi glos. verbo, *præsente de manumiß. testam. l. si seruus, §. si furnum,* & ibi glos. *ff. ad l. Aquil.* D. Valençuela *tom.* 1. *cons.* 33. *num.* 197. Y mas no contradiziendolo, *l. soluto* 2. *§. voluntatem, ff. solut. matr. opt. text. in l. cum ostendimus* 4. *§. fideiussores, ff. de fideiuß. & nominat.* Rot. *diuers.* 3. *part. libr.* 2. *decis.* 195. *num.* 3. porque taciturnitas æquipolet consensui, *l. si vt proponis* 5. *C. de nupt.*

125 ¶ Y esto con mayor razon deue ser de perjuyzio a quien sabiendo el daño que se le seguia, y pudiendo con su contradicion prohibirlo no lo hizo, antes estuuo callando, vt expresse no

tatur

tatur *in l. scientiam 46. ff. ad l. Aquil.* ibi: *Scientiam hic pro patientia accipimus, vt qui prohibere potuit, teneatur, si non fecit, l. sæpe, §. cur autẽ, ff. de re iud.* Surd. *decis.* 302. *num.* 2. quia res aliena non potest inuito domino obligari, *l.* 1. §. 1. vbi glos. Bart. & alij, *ff. de pignor. l. rem alienam,* vbi omnes DD. *ff. de pignorat. act.* Negusant. *de pignor.* 3. *membr.* 2. *part. nu.* 52. Surd vbi supra, *num.* 10. Y en este caso particularmente ha de prejudicarles el auer callado; por ser disposicion fauore piæ causæ, vt per Socin. Bald. & alios, quos refert D. Greg. Lop. in *l.* 23. *tit.* 34. *part.* 7. *glos.* 1.

126 ¶ Y que la dicha doña Francisca de Torres pudiesse estorvar la dicha disposicion, replicando al dicho Maestro, que disponia de lo que no era suyo, si no de la susodicha, y su prima, no tiene duda alguna; pues erã tan dueños de la voluntad del susodicho, que a no ser vna cosa tan justificada la que hizo, y tan sin perjuizio de las susodichas, no lo pusiera el en execucion, ni las susodichas se lo permitieran.

127 ¶ Y aunque se ha querido dar a entender por las partes contrarias, que la dicha doña Francisca de Torres no se hallò presente a todo el dicho codicilo, y que asi no tuvo noticia del, no tiene fundamento, porque està prouado que la susodicha se hallò presente, y aunque se aya de limitar a que no estuvo en toda la dispo sicion, no se libra de la presuncion de la noticia, ciencia, e inteligencia que della tuvo, Castrens. *cons.* 36. *dub.* 3. *vol.* 1. Alex. *cons.* 36. *col.* 2. *volumin.* 2. Crauet. *cons.* 108. *num.* 2. Cephal. *cons.* 439. *num.* 55. & alij, quos refert Surd. *decis.* 4. *num.* 8. & *decis.* 216. *num.* 10.

128 ¶ Y si se quisiere oponer, que caso que la dicha doña Francisca de Torres huuiesse tenido noticia, y inteligencia de la dicha disposicion, y por ella deuiera pararle el perjuyzio que queda fundado: esto no deue ser en perjuyzio de doña Francisca de Texeda, se respone, que a ambas a dos deue perjudicar; porque scientia vnius alteri nocet, *l. mulier* 5. *C. de sponsal. l. sed Iulianus* 9. §. *non solum,* & *ibi glos. verb. vtrique nocere, ff. ad Sen. Consult. Macedon.*

129 ¶ Et vlterius, porque las partes contrrrias procuraron despues que fueron aconsejadas, para quedarse con toda la hazienda del dicho Maestro, que el susodicho reuocasse las dichas fundaciones de las Capellanias, y auiendo hallado en el resistencia, como està prouado por estas partes, aguardaron a que estuuiesse casi muerto, y compusieron otro codicilo, que en el articulo siguiente impugnaremos, y auiendolo dispuesto tan a su plazer, no reuocarõ en todo el dicho primero codicilo; sino dexandolo en su fuerça, y vigor, solo lo reuocaron en quanto a la disposicion en el hecha del vino, y toneles, y declararon auerse de fundar las dichas Capellanias en los demas bienes a ellas señalados.

De

130 ¶ De que resulta lo vno, que quando huuiesse auido compañia, y por ella huuiessen de lleuar las partes contrarias las dos partes de la hazienda que pretenden, han perdido el derecho q̃ a ellas tenian con este consentimiento.

131 ¶ Lo otro, y conq̃ totalmẽte se excluye el auer auido compañia; porque las partes contrarias con solo la reuocacion referida, que dispusieron en el segundo codicilo, quitando toda la cantidad del vino a la primera Capellania, se dieron por satisfechas: de modo, que siempre estuuieron callando, y passaron por la disposicion de dichas Capellanias, hasta que estas partes les pusierõ demãda, pretendiendo la reuocacion del dicho vltimo codicilo, por los defectos que diremos en el articulo siguiente.

132 ¶ Damos fin a este primero articulo con otra oposicion que se ha hecho por las partes contrarias, diziendo, que el Maestro don Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza, no son parientes en grado alguno con el dicho Maestro Puerta: y aunque esto tiene poco fundamento, por no auer prouado, en quãto a ello, las susodichas cosa alguna, y por no ser este caso en que ayã de suceder por derecho de sangre: toda via satisfaremos a esta oposicion. Lo vno, conque estas partes tienen prouado el parentesco, conque siempre se trataron ellos, sus padres, y abuelos con el dicho Maestro, sin que aya cosa en contrario.

133 ¶ Lo otro, que quando quieran hazer las partes contrarias gran fuerça en sus prouãças: por lo menos dellas no podràn dexar de confessar la grãde amistad con que el dicho Maestro Puerta se comunicò con estas partes, dandoles siempre nombre de sobrinos a los susodichos, y a doña Andrea de Villa-Real su madre, y primo a Andres de Villa-Real, padre de la susodicha.

134 ¶ Y que la amistad no es menos fuerte vinculo que el parentesco, lo notò Valer. Maxim. *in probẽm lib. 4. cap. 7* ibi: *Contemplemur amicitiæ vinculum, potens, & per validum, nec vlla ex parte sanguinis viribus inferius.* Et infertur ex *l. sed si plures*, §. *in arrogato*, ibi: *Amicus, vel cognatus, ff. de vulgari, & pupilari substitutione, l. si seruus plurium*, § *fin.* ibi: *Legatarij charitas, & necessitudo, ff. de legat. 1. l. thepompus*, ibi: *Amici, & cognati, ff. de dot. præleg. l. affect.* ibi: *Amicos, & necessarios, ff. de donat.* Tiraquel. *in l. si vnquam*, verbo *libertis, num.* 100. *C. de reuocand. donat. & in tract. de pœnis temperandis, caus. 22. num.* 4. a donde alega por esta opinion *a Santo Thomas 2. 2. quæst. 27. y a San Antonin. de Flor. in 4. part. summ. tit.* 16. *c.* 5. lo mismo sigue Riminald. Cons. *in tract. de indagat. iuris, lib. 1. cap. 33. num.* 1. Tiber. Decian. *tract. crimin. lib. 3. cap. 5. num.* 13. vers. *remanet*, Menoch. *cons.* 683. *num.* 23. *lib.* 7.

135 ¶ Immò, quod plus est amicitia æquat, & supperat

fra-

fraternitatem, Tiraquel. *de pæn. temp. dict. cauſ. 22 num.* 10. vt alios refert Gamil. Borel *in rep. pragmat. odia litium,* §. 1. *gloſ.* 3 *nu.* 105. Alciat. *de præſumpt. regul.* 1. *præſumpt.* 28 *num.* 3. Menoch. *in eodem tract. lib.* 3. *præſumpt.* 124. *num.* 29 *& conſ.* 683. *num.* 24. Surd. *tract. de alimentis, tit.* 6. *quæſt.* 21. *num.* 4 Decian. *conſ.* 46. *num.* 69 *lib.* 2. *& conſ.* 51. *num.* 58. *lib.* 4. adonde alega las palabras *del cap.* 8. de los Prouerbios in fin ibi: *Vir amicabilis ad ſocietatem, magis amicus erit quàm frater.* y ſe prueua de la *l. cum allegas, C. de Caſtre. pecul. milit. lib.* 12.

136 ¶ Y muchos dixeron, que la amiſtad ſupperat parentum afectionem. Tiraquel. *in dict. l. ſi unquam,* verbo *libertis, nu.* 101. Surd. *dict. tract. de aliment. tit.* 1. *quæſt.* 11. *num.* 15. Borrel. *dict. gloſ.* 3. *nu.* 89. y eſtas concluſiones, y otras muy importantes a eſta materia, adorna con copioſiſsimas alegaciones Carolo de Graſ. *tract. de effectib. amicit.* à *nu.* 81. *vſque ad* 89. poſt tract. de efectibus Clericatus.

137 ¶ Y aſsi por todos los medios referidos parece queda fundada la intencion deſtas partes, aſsi para que ſe declare por valido el codicilo en que ſe fundaron las dichas Capellanias, ſobre que ſe litiga, como para que aſsimiſmo ſe manden fundar en todos los bienes a ellas ſeñalados, como propios del dicho Maeſtro Iuan de la Puerta.

Articulo Segundo.

138 EN Eſte articulo entran eſtas partes con notoria juſticia: pues ſe hallan con vn codicilo en ſu fauor, que es el que auemos fundado en el articulo antecedẽte, el qual es hecho interuiniendo a el todas las ſolemnidades de derecho, vt iam dictũ eſt ſupra. Con que ſe hallan con no poco esfuerço para vençer el de que pretenden valerſe las partes contrarias, que padeze tan notables defectos, como le opondremos.

139 ¶ El primer defecto es el auerſe diſpueſto, preguntando al Maeſtro Puerta (poco antes que falleciesſe.) ſi queria que el vino, y toneles de que auia diſpueſto en la fundaciõ de las dichas Capellanias, quedaſſe para ſus primas doña Franciſca de Texeda, y doña Franciſca de Torres, y que en los demas bienes rayzes quedaſſen fundadas las dichas Capellanias, y que el dicho Maeſtro auia hecho demonſtraciones de conceder con lo que ſe le preguntaua. Con que pretenden las partes contrarias, tiene baſtante firmeza eſte ſegũdo codicilo, y q̃ quedo reuocado el primero en aquella parte de los vinos, &c.

140 ¶ Y aunque no eſtà muy llano por eſtas partes el

que

que el Maestro lo pudiesse otorgar, como despues fundaremos: de lo dicho (en que no se pone duda por las partes contrarias) claramente se reconoce el que quando se aya de estar a lo que las susodichas pretenden, el dicho vltimo codicilo, de que pretenden valerse, fue otorgado ad interrogationem.

141 ¶ Y si bien no es dudable, que ha auido larga question, y diuersas opiniones, sobre si testamentos desta calidad deuẽ tener firmeza, ò no, causada toda la duda de la *glos. in l. iubemus, §. opportet, verb. quemadmodũ, C. de testament.* como lo refiere D. Castill. *lib. 4. cap. 27. à num. 54. cum seqq.*

142 ¶ Pero la opinion contraria de que tales testamentos tengan notoria nulidad, han seguido sin que el caso tenga circunstancias algunas, grauissimos Doctores, como fueron despues de los Antiguos Iul. Clar. *sentent. lib. 3. §. testamentum, quæst. 37. num. 4.* que en tanta manera se desagradò de la otra opinion, que dize: que fuera sumamente conveniente, que se hiziera ley, que totalmẽte diera por nulos esta especie de testamentos; sino es viuiendo el testador tres dias despues dellos, y con entero juyzio, la misma opinion siguen Bertrand *cons. 194. num. 3. lib. 3. in 2. part.* Socin. Iun. *cons. 8. num. 32. lib. 2.* Menoch. *cons. 45. per tot. lib. 1.* Cancer. *var. tom. 1. cap. 4. num. 84. & à num. 123.* latissime plures referens Ciriac. *controuers. tom. 3. contr. 549. per tot.*

143 ¶ Y mas quando el testador se halla tan agrauado de la enfermedad, que no puede hablar entonces, conque falta el requisito principal de derecho, que dispone, que palam, & ore proprio nombre herederos, *l. hæredes palam, ff. de testament. l. iubemus 29. C. eodem, l. 6. tit. 3. part. 6.* Anton. Gom. *in l. 3. Taur. num. 110.* Roderic. Suar. *allegat. 1. num. 30.* Menoch. post alios, *cap. 45. num. 16.* D. Castill. *lib. 4. cap. 27. num. 20.*

144 ¶ Y faltando este requisito, se juzga el testador por incapaz, y casi muerto, *dict. l. iubemus*, ibi: *Si enim talis est testator, qui neq; scribere, neq; articulatè loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in eloquijs committitur.* Castrens. *cons. 155. num. 2.* Mantic. *de coniect. lib. 2. tit. 6. num. 3.*

145 ¶ Y consiguientemente por invalido el testamento en que a pregunta de alguna persona responde el testador *Si*: como en terminos, haziendo limitacion a la *glos. in dict. l. iubemus*, Iass. *ibid. num. 13.* Roman. *cons. 306. num. 1.* Paul. Castrens. *in l. hac consultissima, §. at, cum humana fragilitas, num. 2. C. qui testament. facere poss.* Ruin. *cons. 9. num. 14. vol. 2.* Bec. *cons. 86. num. 21.* Paschal. *de vir. patr. potest. 2. par. cap. 8. à num. 54.* Mantic. *lib. 2. tit. 6. nu. 5. vers. posteriore*, Capic. Latr. *consult. 71. à num. 35.* Cancer. *tom. 1. var. cap. 4. num. 134.* Menoch.

noch *conf.45 nu.18.& 22.23 & 24.* Crauet.*conf.117.nu.3.* Ciriac. *dict.controuerf.549.à num.67.ad 70.*

146 ¶ Y para efcufar toda prefunció era neceffario, que el teftador ex fe ipfo aliquid loqueretur. Cancer. *tom.1.dict.cap.4. num.137.*

147 ¶ Y aqui,no folo no hablò el teftador aliquid ex fe ipfo;pero aun no refpondiò cofa alguna a lo que le preguntaron: aunque le importunaron mucho, afsi lo deponen los teftigos inftrumentales, que fon.

148 ¶ Don Francifco de Herrera,fol.40.que dize, que eftaua muy agrauado el dicho teftador, y que tenia el pecho leuantado,y para efpirar; y que le preguntaron fi queria reuocar el codicilo en que fundaua las dichas Capellanias,en quanto a el vino, de que auia difpuefto,y dexarlo a fus primas, y que el dicho teftador meneò la cabeça,y dixeron era menefter,que dixeffe de boca,que fi,y que le humedecieron la lengua con vn hifopillo,con que dixo: *Si, fi* dos vezes.

149 ¶ Blas de Lechuga,fol.29.dize,que el teftador refpondiò: *Que afsi lo otorgaua,y era fu voluntad.*

150 ¶ Antonio de Montote,fol.10.dize,que la refpuefta que diò,fue,diziendo: *Que venia en ello,y que fe hizieffe afsi.*

151 ¶ De cuyas depoficiones fe reconoce claramente la fupoficion del dicho codicilo, pues no ay teftigos que comprueuen la forma de fu otorgamiento; porque a los referidos no fe deue deferir; pues de mas de las caufas que por eftas partes fe les hã opuefto en el articulo antecedente,à num.47.ad num.49.à para que no hagan fee,ni credito, fus depoficiones no la hazen en efte particular;porque no conforman en el modo,y en las palabras con que el dicho teftador otorgò el dicho codicilo,que es muy neceffario, como lo nota,refiriendo muchos, por efta fentencia Dom. Francifc.Hieronim.de Leon,*tom.3.decif.40.à num.94.ad 98 & à nu.112 ad 116.* in quo concludit his verbis: *In cafu autem noftro, teftes difcordant in verbis: vnus enim teftatur, quod dictus Solanes dixit vxori: Tibi relinquo omnia: alius enim dixiffe, Quod eam faciebat hæredem: alius vere deponit protuliffe hæc verba: Quidquid habeo, tibi relinquo, & hæredem facio: alius verò, ita dixiffe: Volo, quod bona mea fint tua, quæ omnia verba, licèt in effectu, idem fignificent, tamen difcordant in cortice, quo cafu non probant, teftamentum nuncupatiuũ.* Y refiere a Antonio Fabro, *in fuo C. lib.6.tit.7.definit. 2.de inftitut.pag.637.& tit.22.de fideicommifsis, definitione 15.dict.lib.6.* donde refiere dos decifsiones por efta fentencia, vna de el Senado de Saboya, y otra de la Audiencia de Cataluña.

n.59 à 66.

152 ¶ Y concurriendo con lo dicho el fer teftigos prefentados

sentados por las partes contrarias, deuen hazer plena prouãça por estas partes, vt probatum est supra, num. Con que sin duda alguna queda verificada la suposicion del dicho codicilo, y que el dicho Maestro Puerta no lo pudo otorgar, como con efecto no lo hizo.

153 ¶ Vltra de que faltarõ muchos requisitos para que pueda estar en fauor de las partes contrarias la opinion de que testamentum ad interrogationem alterius, valeat.

154 ¶ Primo, porque deuiera constar expressamente, que el testador quiso hazer testamento, y que lo dixo, y manifestò assi, antes que llegasse el acto de hazerlo; porque de otra manera no vale, *l. pamphilo* 37. §. 1. *ff. de legat.* 3. Bellon. *cons.* 74. *num.* 14. Iul. Clar. §. *testamentum, num.* 7. D. Covarruv. *in cap. cum tibi, num.* 4. *de testament.* Roderic. Suar. *allegat.* 1. *num.* 28 *&* 36. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 8. *num.* 33. *in fin. & num.* 34. *&* 38. *& cons.* 45. *num.* 33. *&* 34. latissimè Ciriac. *controuers.* 549. D. Francisc. Hieronim. de Leon, *dict. tom.* 3. *decis.* 40. *num.* 61. *&* 62. *&* 69. Y aqui no consta, de que el Maestro dixesse queria reuocar el codicilo en que fundò las dichas Capellanias, y que queria otorgar el que pretenden las partes contrarias.

155 ¶ Y quando con este requisito concurre que el testador estaua grauemente malo, como no se duda por los testigos de las partes cõtrarias, corre con llaneza esta opinion, como resuelve Iul. Clar. *in dict.* §. *testamentum, num.* 8. que afirma auerse determinado en el Senado en conformidad della, y refiriendo muchos D. Francisc. Hieronim. de Leon, *vbi supr. num.* 129. ibi: *Quanto magis in casu nostro domini Christophori, attento tenore testamenti, hoc est iudicãdũ ex prædictis: quod non fuerit sanæ mentis, qui testamentum per tres horas, vel circa mortuus esset, eo tempore, quo iam farcimulas coligebat.*

156 ¶ Secundò, era necessario, que el dicho Maestro Puerta huuiesse mandado llamar a el escriuano, para que hiziesse el dicho codicilo, y que huuiesse hecho llamar los testigos, y que el dicho codicilo ad interrogationem, no fuesse propuesto por escriuano, a quien no huuiesse llamado. Bald *in l. iubemus, num.* 4. *C. de testam. ex l. Pamphilio*, §. *propositum, ff. de milit. testam.* Roder. Suar. *alleg.* 1. *num.* 31. Cald. Pereyr. *cons.* 24. *sub n.* 10. *verf. Vnde testamentum*, Aym. Crauet. *cons.* 117 *num.* 1. *& cons.* 143 *num.* 13. D. Couarr. *in dict. cap. cum tibi* 13 *n.* 4. *de testam.*

157 ¶ O que el testador huuiesse hecho, y ordenado primero el dicho codicilo, y que huuiesse manifestado al escriuano la voluntad que tenia, y lo demas que en el codicilo se contiene, porque de otra manera no vale, y en este sentido se ha de entender la glos. *in dict. l. iubemus*, porque literal y expressamente habla en el la

l.hac consultissima,§.at, cum humana fragilitas,C. qui testament. facer. poss. ibi: *Voluntatem suam, siue in testamentis, siue in codicilis tenore compositam, cui velint scribendam crederent.* Y de mas desto ha de auer la conuocacion de testigos, y escriuano que queda referida, y no se contentò la ley cõ que respondiesse: *Si*; sino que dixo: *Vbi tenor eorũ cunctis innotuerit elogium ipse suum, profiteatur agnoscere, & examini sui, quæ lecta sunt dispcsuiße sententia*, y assi lo resuelven Corneus, *cons.* 73 *num.* 4. Menoch. *lib.* 4. *præs.* 8. *num.* 29. Marta, *de success. legal. tom.* 2 *part.* 4. *quæst.* 1. *art.* 3. *sub num.* 17. ibi: *Quo casu si fiat ad interrogationem, antequàm ordinetur, ita scribi per testatorem ipsum, nullatenùs valet.* Ciriac. *tom.* 3. *controuers.* 410. *num.* 1. & 2. & pluribus alijs relatis latius comprobat, *dict. tom.* 3. *controu.* 549. *num.* 22. ibi: *Quod aut versamur in claris testatorem, non præordinaße testamentum, & num.* 73. donde dixo de la glosa *in dict. l. iubemus, & ita communiter eam declarant scribentes per textum ab ea adductum, qui loquitur quãdo præcessit præordinatio, & vbi non præcessit præordinatio, etiam magis communiter reprobant.*

158 ¶ Y en nuestro caso no solamẽte no consta de que el Maestro mandasse llamar al escriuano, ni testigos, ni que tuuiesse dispuesto el codicilo: mas antes se convence de las deposiciones de los testigos de las partes contrarias, que el escriuano fue solicitado por las susodichas, para que hiziesse el dicho codicilo, y con quanta priesa lo buscarõ, por auer esperado a que el dicho Maestro Puerta se hallasse sin sentido, y casi muerto, para fraguar semejante disposicion: conque por ningun camino puede valer el dicho codicilo, factum ad interrogationem talis notarij; porque no constò de la voluntad de hazer el dicho codicilo en el dicho Maestro, Paul. de Castr. *in l. hac consultissima, §. at cum humana fragilitas, num.* 1. *C. qui testament. facere poß.* Corn. *cons.* 37. *in fin. & cons.* 232. *sub num.* 4. *vol.* 1. y es singularissima la decission de Mart. *vot.* 89. *à num.* 1. Gasp. Anton. *thesaur. quæst. foren.* 99. *num.* 14. qui refert multos, Gephal. *cons.* 546. & Raudens. *decis.* 45. *num.* 28. Y la missma sentencia acredita Franc. Niger. Ciriac. *controuers. forens. tom.* 3. *controu.* 549. *num.* 73. & 74. ubi plurimos refert, & *num.* 121. & *num.* 122.

159 ¶ Y muy de nuestro intento Surd. *con.* 414. *n.* 10. ibi: *Secundo limitatur conclusio, vt non procedat, quando notarius non fuit adhibitus à testatore, sed ab hærede, vel alio illius domestico submissus, quia tunc non valet testamentum factum ad interrogationem.*

150 ¶ Y comprehendiendo todo nuestro caso Ciriac. *controuers.* 649. *num.* 72. ibi: *Et pro faciliori resolutione distinguunt DD. quia aut versamur in claris, testatorem non præordinaße testamentum, nec fecisse vocari notarium, & testes, nec declarasse sponte velle testari; sed notarium fuiße ductum ad eum tum testibus ab interesatis, & ipsum testatorem lethali morbo*

labo-

labor autem fuiße interrogatum, an vellet testari. Et sugestine, an vellet facere talem heredem: & respondiße tantum per verbum sic, & tunc non valet testamentum, etiam si ille sit sanæ mentis, & non intelligat quid agatur. Y desde el num. 73. con los siguientes comprueua esta distincion con muchas autoridades.

161 ¶ Y esta conclusion procede con mayor seguridad quando auia otro testamento perfecto, que se tratau a de reuocar por el segundo, como en este caso, porque entonces es sospechosa la sugestion, y pregunta que se haze al testador, y inualido el testamento segundo, que por este medio se otorgasse, *etiam si interrogatio non fieret de herede nomine proprio proposito*, como resuelue Gaspar Anton. Thesaur. *lib. 2. qq. forens. dict. quæst. 99. sub num. 9.* ibi; *Ego tamen periculosum huiusmodi testamentum haberem* (habla del segundo testamento) *& pro validitate illius consulere, & iudicare dubitarem, nisi illa concurrerent. Primò, quod sanæ mentis esset testator, nec morbo oppreßus. Secundo, quod de præambula voluntate, & declaratione aliquomodò appareret. Tertio, quod de ordine testatoris, & de eius mandato scriptum, & dictatum eßet testamentum. Quartò, quod interrogatio, & suggestio propinquorum, & amicorum non adesset.* Y prosigue con otras muchas conclusiones, quas breuitate omittimus, & quia possunt videri, & ita supplicamus. Y en este mismo punto sigue esta sentencia referens Paul. de Castr. Socin. Crot. Ruin. Zazi Ant. Gabr. Grammat. Socin. Iun. Menoch. Bursat. Iul. Clar. & alios Franc. Niger. Ziriac. *lib. 3. controuers. forens. 549. n.* 103 *& n.* 123. *&* 124.

162 ¶ Porque no se presume que el testador auia de querer reuocar el codicilo que con tanto acuerdo, y deliberada volun tad auia hecho (como auemos dicho en el articulo antecedente) quando ya se hallaua casi muerto, *text in l. si quando, C. de inoffic. testament. argument. l. quidam in suo, ff. de condict. instit.* Castrens. *cons.* 155. *volum.* 2. *num.* 2. Gabr. *de testament. conclus.* 2. *num.* 7. Crauet. *cons.* 117. *num. fin.* Becc. *cons.* 8. *num.* 24. & plures congerit Cancer. *dict. cap.* 4. *num.* 338. ibi: *Et demum prædicta magis procedere dixi, cum ageretur de reuocatione alterius testamenti antea maturè, & deliberatè facti, & benè ordinati, vt à quolibet ordinari poßit, quod est magnæ considerationis.*

163 ¶ Menoch. *dict. cons.* 45. *num.* 21. ibi: *Non enim est credendum, quod eo instanti positus voluerit testator vno verbo reuocare, quæ magna ex causa, & solemniter appensatequè fecit.*

164 ¶ Y es muy del intento lo que escriue Gasp. Anto. Thesaur. *dict. quæst. forens.* 99. *lib.* 2. *num.* 12. & melius *lib.* 1. *quæst.* 56. *num.* 10. ibi: *Amplia secundò, vt sine difficultate fortius procedat eo in casu, quando testator suum condidißet testamentum, sana mente, & multum appensatè, & deinde reuocatio eßet facta illo simplici verbo ab illius ore, ad importu-*

nitatem in mortis articulo extorto, REVOCO: *nam tunc nullo modo censetur reuocatum testamentum, quasi ab homine semi mortuo*, & *non sanæ mentis reuocatum, l. final. ff. de iniusto rupto*, & *non sine nota falsitatis talis reuocatio manebit, iuxta l. iubemus, C. de testam.* ibi: *Si enim talis est testator, qui neque scribere, neque articulatè loqui potest, mortuo similis est*, &c. *Et pro hac ampliatione faciunt multa, quæ in proposito congerit Socin. Iun. cons.* 189. *nu.* 26. *lib.* 2. *licet ipse loquatur in eo, qui aliud voluit condere testamentum*; & *talem reuocationem, Jas. cons.* 131. *in fin. lib.* 1. *tumultuarium mentis impulsum appellat; Crauet. cons.* 117. *Roman cons.* 306. & *in mentem sensati*, & *prudentis Iudicis nunquam cadere, meo iudicio poterit, voluisse testatorem, qui testamentum suum condidit multa cum animi liberatione, sanus mente*, & *corpore, nulla aduersa detentus valetudine; in mortis articulo constitutus*, & *in medio propinquorum, vel eorum, qui res suas magis, quam animam curant, positus; vnico verbo reuocare: vnde ego hoc casu exortam voluntatem mera importunitate*, & *quasi à dormiente notificatam, quam ritè*, & *perfectè conscriptam reuocationem esse existimo.* Y prosigue alegando otras muchas autoridades.

165 ¶ Y pues en este caso ay vn codicilo, en que el dicho Maestro funda las dos Capellanias en fauor destas partes, que es solemne, y con todos los requisitos de el derecho, y que este se trata de reuocar por este segundo, que las partes contrarias dispusieron tan sin asistencia de la voluntad del dicho Maestro, y sin q̃ el susodicho pudiesse responder cosa alguna a las preguntas que le hizieron para que otorgasse el dicho codicilo, como se prueua de los testigos que referimos supr. no parece tiene duda el que se aya de declarar por inualido, que consiguientemente quedara firme el primero, en que se fundaron las dichas Capellanias, Gratian. plures congerens *tom.* 5. *cap.* 895. *num.* 18. & *tom.* 3. *cap.* 558. *num.* 29. & *tom.* 4. *cap.* 764. *à n.* 1. Ciriacus *controuers.* 549. *n.* 127.

166 ¶ Sin que pueda obstar a esto si se opusiere, que no fue institucion vniuersal la que se hizo en el dicho segundo codicilo; si no vn genero de legado, y que este bien puede consistir declarado ad interrogationem, *ex l. nutu, ff. de leg.* 3.

167 ¶ Porque a esto respondemos, que en el caso de q̃ hablamos, que es quando testator in extremis laborat, no solo es nula la institucion hecha ad interrogationem; si no qualquier legado que se huuiere hecho en la misma forma, Paul. de Castro *in l.* 1. *§. si quis ita, ff. de verb. obligat.* & ibi Rip. *num.* 9. & 10. idem Ripa *lib.* 3. *responsor. cap.* 11. Alex. *cons.* 33. *libr.* 3. Fussar. *de substit. quæst.* 288. *num.* 5.

168 ¶ Y porque ex testamento, vel codicillo facto per dolum non debentur legata, Dom. Castillo, *lib.* 3. *cap.* 1. *à num.* 57.

& quia

& quia este vltimo codicilo està muy imperfecto ratione solemnitatis: quapropter etiam ex hoc casu legata in tali codicillo deducta, nulla, Gratian. *tom. 2. cap. 298. n. 9.*

169 ¶ Demas de que en este pleyto concurre por estas partes otro fundamento grauissimo, para que no se tenga por reuocado el dicho codicilo, en que se fundaron las dichas Capellanias, porque no consta que el testador dixesse especial, y claramente que lo reuocaua, como se requiere por la *l. si quis in princip. ff. de leg. 3.* ibi: *Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit*, scilicet testator, *prioris voluntatis sibi pænituisse*, *l. 22. tit. 1. part. 6.* ibi: *La otra es quando el testador dize assi.* Et infra ibi: *Fueras ende si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente.*

170 ¶ El segundo defecto que por estas partes se opone al dicho codicilo, para q̃ se declare por nulo, es, que no se halla firmado del testador, como se requiere de substancia para que valga el codicilo, ò testamento, *l. hac consultissima 21. in princip.* ibi: *Eique ipse coram testibus sua manu subscripserit*, vbi Paul. Castrens. *num. 3. C. de testam. l. 13. tit. 25. lib. 4. Recop.* ibi: *Y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres*; vbi Azeued. verbo, *firmen, numer.* 41. Ioseph. de Sesse *decis. 56. num. 31. lib. 1.* Gregor. Lop. *in l. 2. glos.* verb. *su nome*, vers. *In contrarium tamen, tit. 1. part. 6.* Y es copiosissimo lugar el de Matienço *in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 3. à n. 8. vsque ad fin.*

171 ¶ Et in terminis Tiraquell. *de l. connub. glos. 5. num.* 101. & 102. ibi: *Præterea eadem, notatu digna, sequentia sunt fundamenta: imò fortior ratio militat, ni falsitas committatur: quæ ratio magis vrget in testamento, quam in contractibus, seu alijs instrumentis, quapropter in testamentis maior solemnitas, quam in contractibus requiritur; atque ideò lex ciuilis testium solemnitatem inducens in testamentis iusta est, nec iuri Diuino contraria, prout latè probat Fortun. Garc. in tract. de vlt. fin. illat. 15. & Couarr. in cap. cum esses, num. 3. de testam. Probatur etiam, quia hic testandi actus grauis est, & mille fraudibus obnoxius: potuit ergò lex, quo tutius, & fidelius ageretur hanc solemnitatem statuere ad totius Republicæ vtilitatem, vt optimè probat Couarr. in dict. cap. cum esses, num. 6. Si ergò in contractibus SVBSCRIPTIO partis requiritur ad euitandam falsitatem; multo ergò fortius in testamentis, Authent. multo magis, C. de sacrosanct. Eccles. &c.* Y esta sentencia han seguido muchos DD.

172 ¶ Y si a esto se opusiere, que por estar agrauado el testador no lo firmò, y que basta que lo firmasse vn testigo por el.

173 ¶ Se responde, que demas de que no es bastante, como queda fundado, el testador no pidiò que lo firmasse testigo alguno, pues estaua sin habla, y sin sentido, como se reconoce de las deposiciones de los testigos, quos supr. retulimus, y don Francis-

co de Herrera, testigo instrumental, y de quien se halla firmado el dicho codicilo, depone que el lo firmò, sin que el testador se lo dixesse, ni pidiesse, y el testigo no puede firmar por el testador, si no es pidiendoselo el, *l. fin. §. sin autem in fin. C. de iur. delib.* vbi Bald. & Corn. *num.* 35. idem Corn. *in l. cum antiquitas, num.* 9. *C. de testament.* Salicet. *in l. hac consultissima, vers. Et hoc, C. eodem*, Affict. *decis.* 166. *n.* 7. Matienç. *in dict. l.* 2. *glos.* 6. *n.* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

174 ¶ Y en terminos Ioseph. de Sesse *decis.* 56. *num.* 33. *& seq tom.* 1. ibi: *Nec his obstat, quod se subscripserunt testes testamentarij pro testatore, hoc modo: Yo Miguel de Murcia soy testigo de lo sobredicho, y me firmo por el testador, que por no estar en disposicion de poderse firmar, como yo ocularmente lo vi, no se firmò. Yo Miguel Duarte soy testigo de lo sobredicho, y firmo por el testador, que por no estar en disposicion para poder firmar, como yo ocularmente lo vi, no se firmò. Nam respondetur, quod testes non possunt se subscribere pro testatore, nisi testator id vellit, & petat.*

175 ¶ El tercero defecto que estas partes oponen al pretenso codicilo, es, que siendo requisito necessario, que para el otorgamiento, y solemnidad de las vltimas voluntades, los testigos sean llamados, y rogados por el testador, ex *l. hæredes palam, §. final. ff. de testam. l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. eodem, Authent. rogati, C. de testib. l.* 1. *tit.* 1. *part.* 6. Alex. *conf.* 70. *num.* 20. *lib.* 2. Iul. Clar. *in §. testamentum, quæst.* 28. *à num.* 1. D. Francisc. Hieron. de Leon *tom.* 3. *decis.* 40. *à n.* 42. *ad* 52.

176 ¶ En el pretenso codicilo no solo no interuino esta solemnidad, ni el testador llamò, ni rogò los testigos, como està concluyentemente prouado por los de las partes contrarias; sino que las susodichas supusieron por testigos à los dichos Blas de Lechuga, y Antonio de Montoro, criados suyos, como està prouado por estas partes, siendo personas de ninguna fee, ni aptitud, particularmente en semejante acto, para deponer por sus dueños, vt notatur in *l. seruos*, & ibi DD. *C. de testib.* Cels. Hugo *conf.* 22. *num.* 151. ibi: *Clarum est autem, quod in huiusmodi priuilegiato testamento non est huiusmodi familiaris salariatus testis idoneus: cum alias de iure communi repellatur, nec pro domino suo testificari possit.* Y es copiosissimo lugar para este punto, y donde trae muchos de su sentencia la *decis.* 40. de dō Franc. Geron. de Leon, desde el *n.* 78. *ad* 81. *tom.* 3.

177 ¶ Y el otro testigo, que es don Francisco de Herrera, tampoco fue rogado del testador; antes fue, como auemos dicho, y como el susodicho lo depone, quien introduxo el que se hiziesse, y fabricasse el pretenso codicilo: que el testador, ni quiso, ni pudo disponerlo, como lo depone Fr. Chrisostomo de Granada, Religioso Capuchino, fol. 56. de cuya deposicion y credito que deue darsele, diximus supr. *num.* 91. & *num.* 92.

Vl-

178 ¶ Vltra, de que quando lo dicho cessara, y los dichos tres testigos estuviessen llamados, y rogados, y no padeciessen defecto alguno, todauia està defectuoso el dicho codicilo en este particular, por no ser bastante numero el de tres testigos para su solemnidad, *vt probatum est supr. num.* 17. muy en terminos.

179 ¶ Y si en las vltimas voluntades no se observan todas las dichas solemnidades que se requieren por derecho, el testamento no solemne tiene presuncion de falso contra si, *l. iubemus in fin. C. de testam.* Bart. *in l. si post decisionem, num.* 3. *C. de iur. & fact. ignorant.* Bald. *in l. quoties,* §. 1. *vers. Item nota, ff. de hered. instit.* Mantic. *de coniectur. vlt. volunt. lib.* 2. *tit.* 13. *num.* 1. ibi: *Et si quidem constiterit, non solemniter factum esse testamentum, presumitur falsum.*

180 ¶ Ni puede reuocarse el primero codicilo, que se halla con todas las solemnidades de derecho, por el segundo que està tan defectuoso, porque para este efecto auia de tener el segundo yguales solemnidades que el primero, y a este proposito haze doctissimamente vn largo discurso, Anton. Fabr. *de errorib. pragm. decad.* 68. *error* 1. ponderando, y explicando diuersos textos, y particularmente el §. *sed & si quis, Instit. quibus mod. testam. infirm.* in illis verbis, ibi: *Si quis priore testamento iure perfecto posterius æquè iure fecerit,* interpretandolas, ibi: *Quid enim aliud sibi volunt verba illa æquè iure, quam si scriptum esset æquali iuris solemnitate.*

181 ¶ Y porq por todos los medios referidos se reconoce la suposicion del dicho asserto codicilo, de que resulta claramente su nulidad: no parece deue auer duda en que no se deuia estar a semejante disposicion, quando de solo hallarse vn testamento sospechoso, quando el testador, aunque el vltimo se destruya, no queda sin testamento, como en este caso era bastante para que se declarasse assi, como en terminos lo nota D. Franc. Geronimo de Leon, *dict. tom.* 3. *decis.* 40. *num.* 119. ibi: *Octauo, in casu nostro dictus Petrus Solanes primum condiderat solemne testamentum in scriptis, & sic, quãuis anulletur secundum testamentum nuncupatiuum: testator non decederet intestatus, & sic in dubio non debet substineri secundum testamentum.*

182 ¶ Y mas quando concurren defectos tan notables, como auemos opuesto al dicho codicilo, de que (como està dicho resulta su nulidad) porque sin duda alguna deuen ser condenadas las partes contrarias, como lo afirma Gerom. Lauten. *decis. Rot. Auin* 71. *per tot.* maxime *num.* 6. & congerens multos, quos breuitate omittimus, D. Francisc. Hieronim. de Leon, *dict. tom.* 3. *decis.* 40. *à num.* 83. *ad* 88.

183 ¶ Y vltimamente se deue declarar contra el dicho vltimo codicilo, porque las partes contrarias han alegado, y prouado, que la disposicion, y forma del dicho codicilo se hizo auiendola

dola tratado, y conferido con el dicho Gonçalo de Cieza, padre destas partes, y que el susodicho lo fue dictando, y ordenando, y que de su orden D. Francisco de Herrera lo firmò por el testador, de que resulta el conocimiento de la suposicion, que estas partes pretenden huuo, y interuino en el dicho codicilo; y que no ay fundamento porque deua aprouechar a las partes contrarias.

184 ¶ Lo vno, porque el dicho Gonçalo de Cieza, no tuuo poder para poder hazer la dicha disposicion por el dicho Maestro, y sin el dicho poder no ay razon porque se pueda justificar.

185 ¶ Lo otro, porque si del dicho codicilo quieren valerse las partes contrarias, para arguir de el transacciō, que el dicho Gonçalo de Cieza hiziesse con las partes contrarias, del derecho que podia tener a los bienes de que en el se haze mencion: tampoco tiene fundamento, ni puede aprouechar a las partes contrarias; porq̄ el dicho Maestro aū no auia muerto: conq̄ no auia passado toda via el dominio de la dicha hazienda del dicho Maestro a el dicho Gonçalo de Cieza, y consiguientemente el susodicho no podia disponer della por transaccion, ni en otro modo.

186 ¶ Lo otro, porque quando huuiesse muerto el dicho Maestro, no se adquiria dominio de cosa alguna al dicho Gōçalo de Cieza: pues la disposicion de el codicilo que hizo el dicho Maestro, en que fundò las dos Capellanias, fue en fauor de los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza: conque a ellos pudiera auerse adquirido el dicho dominio, y siendo esto assi, el dicho Gōçalo de Cieza, no podia renunciar el derecho que se auia adquirido a sus hijos, *ex regul. text. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, l. id quod nostrum* 11 *iuncta l. non debet* 74 *ff. de reg. iur.* Valasc. *de iur. emphyt. quæst* 49 *num.* 8. 9. 10. & 11. & *num.* 38. vers. *Sed quantum ego*, Antonin. Amat. *var. forens. resolut. lib.* 1. *resol.* 30 *num.* 14. Morquech. *de diuis. bonor. lib.* 1. *cap.* 6. *à num.* 28. *ad* 30. Dom. Castill. *controuers. lib.* 4. *cap.* 5. *à num.* 33. & plures congerens D. D. Ioseph Vela, *tom.* 1. *dissertat.* 15. *num.* 103. & 104.

187 ¶ Ex quibus parece, queda fundado el derecho de estas partes para que se declare por invalido este pretenso vltimo codicilo, y que deue quedar en su fuerça, y vigor el primero, enque el dicho Maestro fundò las dichas Capellanias, y consiguientemente, para que se determine en fauor las pretensiones destas partes, & ita speramus. Salva in omnibus D. S. C.

L. D. Gonçalo Antonio De Zieza.